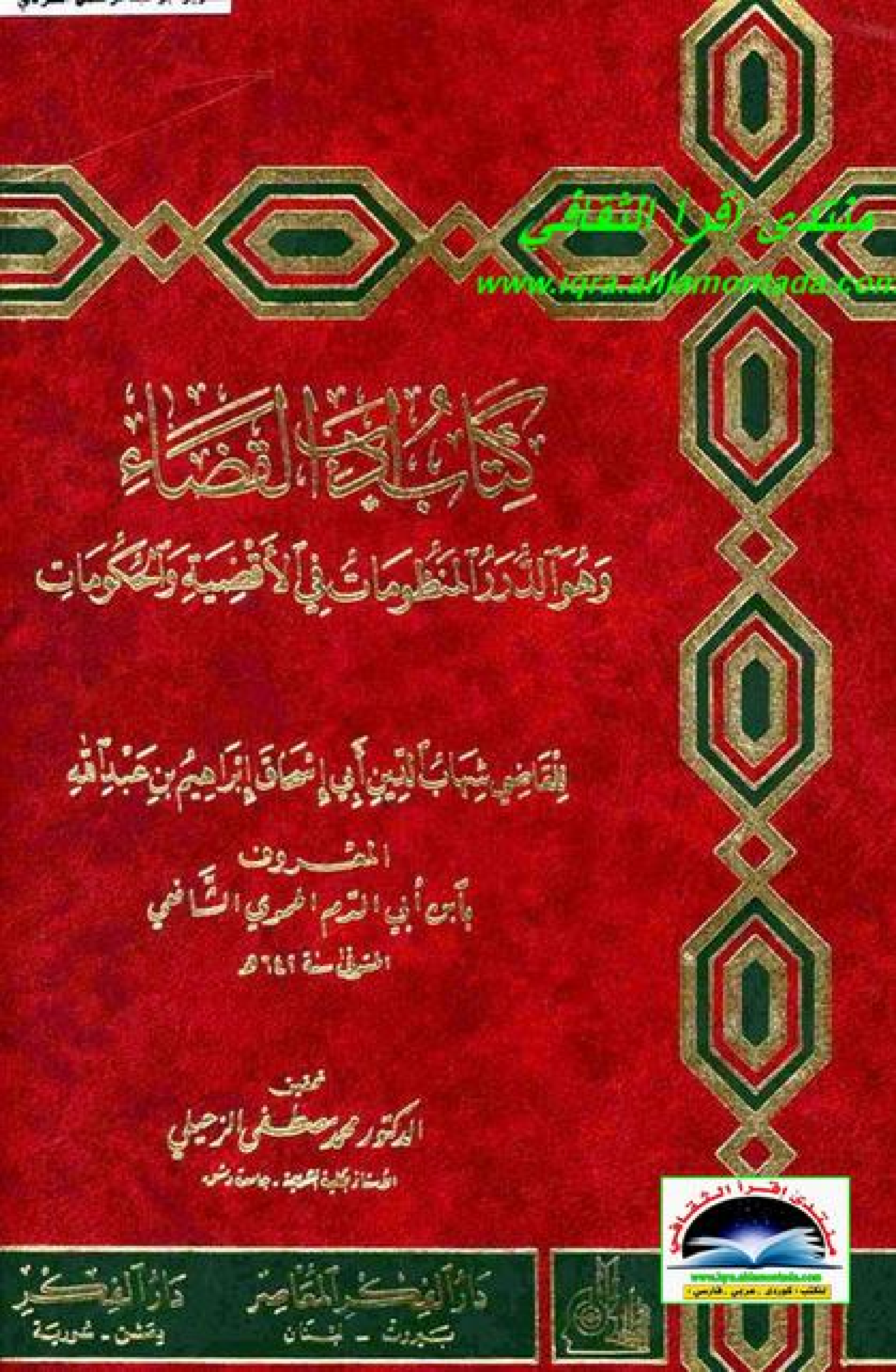

كتاب أدب القضاء
وهو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات
للقاضي شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله
المعروف
بابن أبي الدم الحموي الشافعي
المتوفى سنة ٦٤٢ هـ
تحقيق
الدكتور محمد مصطفى الزحيلي
الأستاذ في كلية الشريعة - جامعة دمشق
دار الفكر المعاصر
بيروت - لبنان
دار الفكر
دمشق - سورية
منتدى اقرأ الثقافي
www.iqra.ahlamontada.com

كتاب أدب القضاء

وهو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات

للقاضي شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله

المعروف

بابن أبي الدم الحموي الشافعي

المتوفى سنة ٦٤٢ هـ

تحقيق

الدكتور محمد مصطفى الزحيلي

الأستاذ بكلية الشريعة - جامعة دمشق

دار الفكر

الطبعة الثانية ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م



طبع بأجهزة الصف التصويري والأوفست في دار الفكر ، هاتف (١١١١٦٦) ، برقياً (فكر) ص .ب (٩٦٢) ، دمشق - سورية

إهداء

- إلى المربي الذي أنار لي الطريق .

وعلمني الإسلام عقيدة وسلوكاً

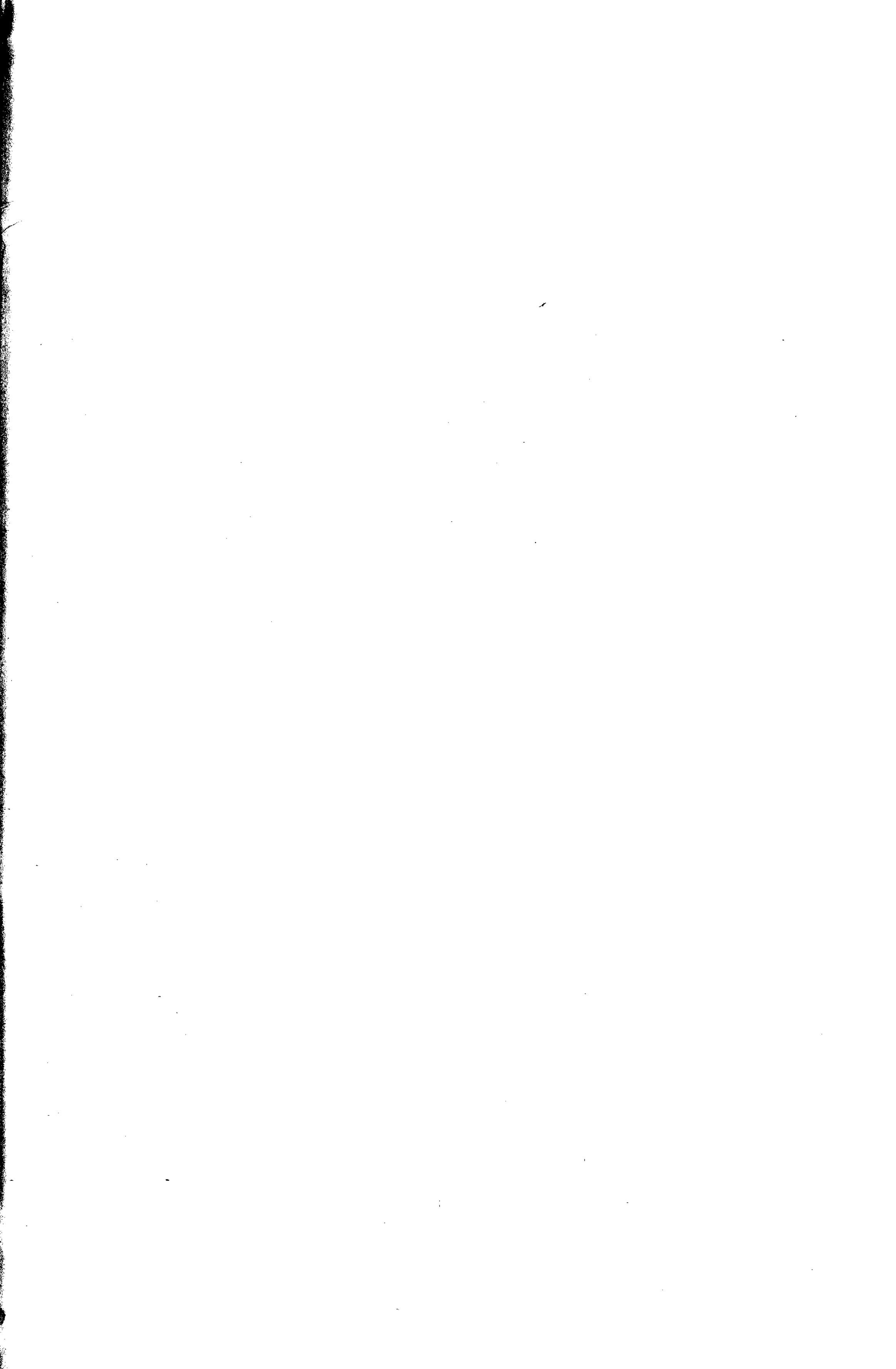
والدي رحمه الله تعالى

- ليكون هذا الجهد المتواضع ثمرة من غراسه .

وثواباً في صحيفة أعماله ، وزيادة في حسناته .

- راجياً الله تعالى أن يتغمده برحمته ، ويظله تحت ظل عرشه .

محمد



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الطبعة الثانية

الحمد لله الذي شرفنا بنعمة الإيمان والإسلام ، وحفظ لنا هذه الشريعة الغراء ، وسخر لها العلماء الأفذاذ ، ليكونوا منارات الهدى للأنام .

والصلاة والسلام على رسول الله ﷺ ، المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وأصحابه ، ومن تبع هداه ، وسلك نهجه ، واقتدى بسيرته ، وتمسك بسنته ، وسار على شريعته إلى يوم الدين .

وبعد :

فقد قام مجمع اللغة العربية بدمشق بنشر هذا الكتاب القيم في طبعته الأولى عام ١٣٩٥ هـ/١٩٧٥ م ، فتلقفته الأيدي والمؤسسات والجامعات والدوائر العلمية ، وتسابق الجميع على اقتنائه ، وطلبت منه إحدى الجهات الرسمية أكثر من ثلاثة أضعاف العدد المطبوع ، فاستحال تلبية الطلب ، ونفدت النسخ بسرعة ، وحالت الظروف دون إعادة الطباعة .

وإن دلَّ هذا الأمر على شيء فإنما يدل على الإقبال العظيم لكتب التراث الإسلامي الزاخر الذي يضم بين جنباته الخير العميم للناس أجمع ، كما يدلُّ على وجود الخير في هذه الأمة ، واستمراره إلى قيام الساعة ، وأنها تتمسك بدينها القويم ، وشريعتها الغراء ، وعقيدتها السمحاء ، وأنها تتلمس الإشعاع والنور من مصادره الصحيحة ، ومنابعه الصافية ، وتضع يدها على تراث السلف الصالح ، لتسير وراءه على هدي القرآن العظيم ، وسنة الرسول الكريم ، كما يعتبر هذا

الأمر رداً حاسماً وقوياً على الهجمة الاستعمارية الشرسة على عقيدة هذه الأمة ومقدساتها .

وتناول عدد من رجال الفكر والعلم هذا الكتاب بالتقريظ والتقييم ، نقتبس طرفاً منه :

فكتب **فضيلة الأستاذ المرحوم عبد الوهاب الأزرق ـ النائب العام لدولة الإمارات العربية المتحدة ـ** مقالاً في تقريظ الكتاب ، وبدأ حديثه بالثناء على مجمع اللغة العربية لإسهامه بنشر التراث العلمي الجليل ، وكشف الذخائر الثمينة ، فقال :

« وكل من قدر له الوقوف على ماقدمه منذ نشأته من ذخائر ممتعة حقاً ، لابدَّ له إلا أن يثني أطيب الثناء ، وأصدقه وأبقاه ، لهذا النشاط الجاد الذي لا يفتر ، والهمة المضاء التي لاتضعف ، والتطلع الذكي المشرق الذي لايتضاءل ، مع استقامة في العمل ، والتزام في الرسالة » .

وقال : « وإن الكتب التي أخرجها للناس ليست من الكتب السهلة اليسيرة التي لاتكلف الباحث عناءً طويلاً ، ولا القارئ جهداً ثقيلاً ، ويستطيع الباحث والقارئ أن يمرا بها مراً سريعاً ، وإنما ... فإنَّ القارئ يلمس أي جهدٍ وعناء كابده منتجوها ، ومـاأرقوه من أجلها من سهر الليل ، وصفوة النهار ، حتى خلصوا إلى ماخلصوا إليه من الدراسات التي تثري الثقافة ، وتنقي العقل ، وتفتح آفاق البحث » .

ثم قال فضيلته : « وأظن أن ما قدمناه ليس إلا قليلاً من كثير مما لهذا المجمع في أعناق الذين يغارون على العربية ـ سواء كانوا عرباً أو مستشرقين ـ من دَيْن أبدي من الشكر والتقدير ، وقديماً قيل : « إن في الشكر وإن قلَّ وفاءً بالنعمة ، وإن جل ... » .

ثم قال رحمه الله تعالى : « ومن الإنصاف أن أقرر أن المحقق الفاضل أنفق الشيء الكثير من القوة والجهد والاستقصاء في تحقيق هذا الكتاب ، وقد وفق إلى إحياء هذا التراث العظيم ، ويستحق أن يثنى عليه الثناء الخالص ، وقدم بين يدي تحقيقه بداءة ممتعة تتصل بالتنظيم القضائي في الإسلام » .

وتحدث فضيلة الأستاذ المرحوم الأزرق عن المكان المرموق للقضاء الإسلامي ، وما يتمتع به ذووه من الفضل والسمو والنزاهة ، وقدم « إلمامة مقتضبة عن ابن أبي الدم » رحمه الله ، وعن مكانته العلمية والقضائية ، وماتركه من مؤلفات ، ثم عرض صورة عن أبواب الكتاب وفصوله ومباحثه ، ثم قال :

« ولاشك عندي أن المحقق قد أجاد الإجادة كلها يوم تحدث عن مكانة هذا الكتاب التشريعية في العصر الحاضر » إلى آخر مقاله القيم الطويل .

وقال سيادة الأستاذ الدكتور صلاح الدين الناهي ـ الأستاذ المتمرس بجامعة بغداد ـ :

« وهاهو كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ، تحقيق الدكتور محمد مصطفى الزحيلي ، يتهادى اليوم إلى موضعه في المكتبة ، مشيراً إلى جهدين كبيرين بذلا في سبيل تصنيفه وتحقيقه ، فأما جهد المصنف فقد حدثنا عنه الأستاذ الزحيلي حديث العالم المدقق ، الناقد المنصف ، فأفاض التحدث عن صاحبه الذي جمع الثقافة العربية الإسلامية في عصره من أطرافها ، فصنف في التاريخ والفقه وعلم القضاء وكتابة الشروط والسجلات ، واضطلع بالمهام الخطيرة في عصره ، ومن جيد قول المحقق في تقدير هذا الأثر أنه : « قمة كتب أدب القضاء عند الشافعية » ...

وأشار سيادة الدكتور الناهي ـ حفظه الله ـ إلى الداء الخطير الذي أصاب

الأمة عندما تولى قيادَها شرارُها ، وفرضوا عليها القوانين الأجنبية والتشريعات الوضعية ، وحرموها من رحمة السماء وأحكامها الغراء ، وأداروا ظهورهم للتراث الإسلامي الزاخر ، وكشف فضيلته عن الباعث الخبيث لهذا العمل ، وأزال الستار عن الحجة الواهية التي يَوهمون بها أنفسهم ، ويضحكون بها على غيرهم ، عند ارتكابهم هذه الجريمة فقال :

« ولقد أشار المحقق الفاضل إشارة خفيفة إلى خلاف جوهري في خصائص المرافعات والمحاكمات الإسلامية ، وماتمتاز به من تخفيف كبير من الأشكال والإجراءات بالقياس إلى ثقل وطأة نظام المرافعات الغربي الذي تسرب إلى ربوع الضاد والإسلام منذ أن لقن أبناء هذه الربوع الاعتقاد بأن تفوق الغرب في الصناعة والأشياء المادية والعلوم الطبيعية والتقنولوجية معناه تقدمه في سائر الأمور الثقافية والتشريعية ، وهو قياس فاسد ، أثبتت الأيام عفونته بما ثبت من البون الشاسع بين التقدمين المادي والمعنوي ، وأن تحقيق أولهما لايعني تقدم الثاني ، وأن تفوق الشكل والصناعة لايعني ضرورة تفوق المحتوى والجوهر ، وأن من ارتفع بوسائله المادية في أجواء النقاء لاعاصم يعصمه من التمرغ في أوحال الرشا والسحت وتسخير الشعوب الملونة لشهواته بكل وسائل الفتك والدس ، ولطالما تقدم المادي ، والمعنوي قابع في عقر داره لايجد سبيلا للحرية الخفاقة ، والديمقراطية الحقة المنزهة عن الفجوات والثغرات ، ولاسبيل لفرض سلطانه ، وإملاء كلمته »

ثم بين سيادته تفوق القضاء الإسلامي ومزاياه ، فقال :

« ومهما يكن فإن « علم القضاء والأقضية » وفن التقاضي والترافع في الإسلام يفوق كل منهما ما كان مقرراً في شريعة روما التي يكبل عدالتها الشكليات والصيغ ، ومايزال الشرع الإسلامي متفوقاً على ماأشتق من شريعة

روما من شرائع غربية في مضار تيسير سبل التقاضي دون تجشم المرافعات البطيئة والأشكال ، ولعل تطور الشريعة الغربية في هذا المضار مدين للقضاء الإسلامي الذي مارسه المسلمون في الأجزاء التي حكموها في أوربا قرونا عديدة ، ولعل التعمق في دراسة هذه الحقائق يمهد مجال النظر في مدى تأثر الشرائع الغربية بالشرع الإسلامي ، فقد تستر الغربيون على هذه النواحي ، وعلى أكثر ما استعاروه من تراثنا القديم فلم يشيروا إلى أصوله العربية الإسلامية حتى برح الخفاء ... »

إلى أن يقول : « ومهما يكن فإن سمو التشريع الإسلامي في مضار التقاضي والترافع والتحاكم والمعاملات يرجع إلى العناصر الخلقية والدينية ، إلى الجمع بين المثاليات وبين الواقع ، كما أشار المحقق الفاضل في تقديمه للكتاب ، وليته أطال التحدث في هذه الأمور » .

ثم قال فضيلة الدكتور الناهي - مبيناً ظمأ الأمة إلى تراثها الخالد ، وفقهها العظيم - : « ولنا أن نضيف إلى شهادته أن هذا التراث الذي لم يزل متسماً بطابع الحياة والحيوية ، يصح لا لإلهام المشرع العربي وحده ، بل لإلهام إخوته مشرعي البلاد الإسلامية ، فإننا نعيش اليوم في فترة تلهف للاطلاع عن التراث الإسلامي في كل بقعة من بقاع الأرض تعيش فيه جماعة مسلمة ، أكثرية كانت أم أقلية ، ولذا فإن في تحقيق هذه الأثرية الفريدة ما يسعف حاجة هذه الجماعات ومشرعيها ومفتيها ورجال التعليم الديني والشرعي فيها ومفكريها ورجال الرأي فيها ، وما يسعف حاجة علماء القانون الموازن (المقارن) على اختلاف أديانهم ومعتقداتهم إلى كل جهد يخدم هذا التراث على النحو الذي خدم عليه كتاب « أدب القضاء » لابن أبي الدم ، فقد وفق محققه الفاضل بما بذل في هذا المضار من جهد وتمحيص إلى خدمة الإسلام والإنسانية

بأسرها في تطلعها للعدل الإسلامي ، وإدراك رسالة السماء التي مهدت السبيل لكل خير » .

وقال فضيلة العلامة الأستاذ الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي - رئيس قسم الفقه حالياً ، وعميد كلية الشريعة سابقاً - قال :

« حقاً إن الدكتور الزحيلي قد تجاوز في عمله في تحقيق هذا الكتاب الفقهي الهام حدود مايكفي أن يسمى تحقيقاً وإخراجاً لمخطوط ، ولأن يجعله جاهزاً للاستفادة الميسرة بين أيدي القراء ، لقد تجاوز ذلك إلى النهوض بالتزامات هو الذي ألزم نفسه بها ، فتحمل من جراء ذلك عبء عمل علمي شاق ، كشف لنا عن الكثير من كفاءته وبصيرته العلمية النافذة ، وصبره على البحث والتنقيب » .

ثم بين فضيلته مكانة الكتاب التشريعية ، وحاجة المسلمين اليوم إلى تراثهم ، فقال :

« إن إخراج مثل هذا المرجع العلمي من كتب التراث بمثل هذا التحقيق يرفد الجانب التشريعي عامة ، والقضائي خاصة ، ويقدم للباحثين والمهتمين بالشريعة الإسلامية زاداً جديداً ، يؤكد صلاحية هذه الشريعة الإسلامية للحياة والحكم » .

واليوم أقدم هذا السفر الخالد للطبعة الثانية على حالته السابقة ، وقد استدركت فيه بعض الجوانب التي أشرت إليها في خاتمة الطبعة الأولى ، من تصويب بعض الأمور ، وتغيير بعض العبارات ، وحذف بعض الأقواس والهوامش ، والتعليق على بعض النقاط ، وشرح بعض الألفاظ ؛ وبيان بعض المسائل ، والإشارة - في الهامش - إلى الكتاب النفيس الذي ظهر حديثاً للإمام

النووي رحمه الله تعالى « روضة الطالبين » ، كما أضفت ترجمة هند بنت عتبة رضي الله عنها ، التي سقطت ترجمتها في الطبعة الأولى ، وصححت ترجمة الإمام الماسَرْجِسي التي جاءت خطأ في الطبعة الأولى ، وأكملت النقص الذي وقع في الفهارس .

وقد استفدت من الملاحظات الكتابية والشفهية التي أهداها لنا بعض العلماء من الإخوة والأحبة والزملاء ، وتفضلوا ببيانها مشكورين .

وقد بادرت مطبعة « دار الفكر » مشكورة لطباعة هذا الكتاب الجليل على أحدث الوسائل العلمية والتقنية الحديثة في الطباعة ، لتظهر هذه الطبعة الثانية بهذا الأسلوب القشيب والحلة الجميلة والإخراج البديع ، فجزى الله القائمين عليها كل خير ، وبارك الله فيهم ، ووفقنا وإياهم لما يحبه ويرضاه .

وكنت أرغب بالتوسع في تحقيق جميع مسائل الكتاب ، وبيان المراجع والكتب التي تبحث كل مسألة فيه ، ولكني عدلت عن ذلك حتى لا أثقل كاهل الكتاب الأصلي ، وأرهق نصوصه بالبحوث والتعليقات ، فيصبح التحقيق كالشرح أو الحاشية عليه ، ولكن ذلك لم يمنعني من تحقيق بعض المسائل التي رأيتها بحاجة لذلك .

نسأل الله العلي القدير أن يقبل منا هذا العمل المتواضع ، وأن ينفعني به ، وينفع به المسلمين ـ قضاة ومحامين وفقهاء ورجال تشريع وإدارة ـ وأن يوفقنا لما يحبه ويرضاه من القول والعمل ، وأن يثبت أقدامنا ، وأن ينصرنا على القوم الكافرين .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

دمشق ١٨ صفر الخير ١٤٠٢ هـ
١٥ كانون الأول ١٩٨١ م

محمد مصطفى الزحيلي

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

١ ـ إن الحمد لله ، نحمده ونستعينه ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، من يَهدِ الله فلا مُضلَّ له ، ومن يُضلل فلن تجدَ له هادياً ولا نصيراً .

ونصلي ونسلم على سيدنا رسول الله ﷺ ، المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه ، ومن تبع هديه إلى يوم الدين .

قال تعالى : ﴿ لقَدْ أرْسَلْنَا رُسُلَنا بالبَيِّناتِ ، وأنْزَلْنا مَعَهُم الكِتابَ والميزانَ ، ليَقُومَ النّاسُ بالقِسْطِ ﴾[1]

وقال تعالى : ﴿ وأنِ احْكُمْ بيْنَهُم بمَا أنزَلَ اللهُ ، ولا تَتَّبِعْ أهْواءَهم ، واحذَرْهُم أنْ يَفْتِنُوكَ عن بعضِ ما أنْزَلَ اللهُ إليكَ ، فإنْ تَوَلَّوْا فاعْلَمْ أنَّما يُريدُ اللهُ أنْ يُصيبَهُمْ ببعضِ ذُنوبِهم ، وإنَّ كَثيراً مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُون ﴾[2].

وقال رسول الله ﷺ : « مَنْ يُرِدِ اللهُ به خَيْراً يُفقِّهه في الدّينِ »[3].

وقال عليه الصلاة والسلام : « القُضاةُ ثلاثةٌ ، قاضِيان في النّارِ ، وقاضٍ

---

(١) سورة الحديد / ٢٥ .

(٢) سورة المائد / ٤٩ .

(٣) رواه البخاري ومسلم وأحمد عن معاوية ، ورواه الترمذي وأحمد عن ابن عباس ، ورواه ابن ماجه عن أبي هريرة ، (انظر : صحيح البخاري بحاشية السندي : ١ / ١٦ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ٧ / ١٢٨ ، جامع الترمذي مع شرح تحفة الأحوذي : ٧ / ٤٠٤ ، سنن ابن ماجه : ١ / ٨٠ ، مسند أحمد : ١ / ٣٠٦) .

في الجنَّةِ ، قاضٍ عَرَفَ الحقَّ فقضى بـه ، فهو في الجنَّـةِ ، وقـاضٍ قضَى بجهلٍ فهو في النّارِ ، وقاضٍ عَرَفَ الحقَّ فجارَ فهو في النّارِ »[1] .

وبعد :

٢ ـ فإنَّ القضاء ، وما يتعلق به من آداب القاضي ونظـام التقـاضي ، يمثل بـابـاً من أبواب الفقـه ، وجزءاً من أجزائـه ، فلا يخلو كتـاب فقهي من بحوث القضاء والـدعوى والبينـات ، ويحتل هـذا الجزء مكانـاً مرموقـاً في كتب الفقـه الإسلامي ، وهـو أكثر أبـواب الفقـه تطبيقـاً وصلـة بـالحيـاة ، كما أنـه من أكثر الأبواب العملية التي يحتاج إليها القاضي في عملـه وفي حكمـه ، ويهتم العلمـاء بـه اهتمامـاً خـاصـاً ، ويرجـع اهتمامهم بهـذا البحث إلى الأثر العظيم الـذي يتبـوأه القضاء في الشريعة ، سواء من الناحيـة التشريعيـة والنظريـة أم من النـاحيـة التطبيقية والعملية .

٣ ـ ولقد كان نظام القضاء في الإسلام مُحْكماً ومصوناً ومؤدياً للدور الـذي أُعِدَّ له ، على نحو فاقَ به غيره من الأنظمة الأخرى التي تبـدو نـاصعـة براقـة ، ودليلنـا على ذلـك النتـائج الطيبـة التي حققهـا أثنـاء التطبيق ، فـإن الأعمـال بخواتيمها ، وقيمة النظريات والمبادئ بحسب صلاحهـا ونجـاحهـا ، بعـد التجربـة والتنفيـذ ، ويظهر هـذا التفـوق في حيز اختيـار القضـاة ، وإقـامـة العـدالـة ، وتحقيق القسط ، وحفظ النظـام والأنفس والأموال ، وتـأمين الطمأنينـة والأمن في ربوع المجتمع .

٤ ـ وكان القضاة في الإسلام يمثلون صفحة مشرَقـة من صفحـات التـاريخ

---

(١) رواه أبو داود وابن مـاجـه والحـاكم وصححـه ، (انظر : سنن أبي داود ٢ / ٢٦٨ ، سنن ابن مـاجـه : ٢ / ٧٧٦ ، المستدرك : ٤ / ٩٠) .

الإسلامي اللامع ، وكانت أحكامهم ونزاهتهم واستقلالهم وتجردهم مَضْرِبَ المثل ، ومحطَ الأنظار ، وكانت المساواةُ بين الخصوم ، وإقامةُ العدالة بينهم ، مهما تتفاوت مكانتهم الاجتماعية والدينية ، سبباً مباشراً لكثيرٍ من الناسِ في اعتناق الإسلام ، والانضواء مع المسلمين في العقيدة .

ولكن هذه المكانة العظيمة التي احتلها القضاة ، والدور الفعال الذي يقوم به القضاء ، لفت الأنظار نحوه ، فطمع به أصحاب الأهواء ، وتنافس عليه السوقة ، ووصل إلى منصة العدالة الجهلةُ ... فأساءوا إليه ، وشوَّهوا أغراضه ، وكانوا وصمة عار في جبين التاريخ ، وسادت الرشوة والجَوْر وشراء الوظائف في بعض الأحيان ، فتنبه إلى ذلك العلماء والصالحون ، وحذروا منه ، وبينوا شروط القاضي ، وشروط تعيينه ، وأبرزوا مخاطر القضاء ، وأعلنوا التخويف منه ، ونشروا الأحاديث الواردة في التشديد من قضاء الجَوْر ،.وذهبوا إلى تفضيل ترك القضاء على قبوله ، بالنسبة لمن توفرت فيه الأهلية والشروط ، فكيف بمن يفقدها ؟

٥ ـ ثم أفرده عدد كبير من السلف بمصنفات خاصة ، وبينوا الأحكام الشرعية فيه حسب المذاهب الفقهية[1] ، ويمكننا تصنيف المؤلفين في أدب القضاء إلى فريقين :

الفريق الأول : وهم الذين لمسوا أهمية الموضوع ، وخطورة الموقف ، وصعوبة الخطب على القاضي ، فبينوا واجبات القاضي وحقوقَه ، وواجبات الخصوم وحقوقَهم ، وطرقَ القضاء والإثبات ، ومناط الأحكام ، والقواعد التي يستنير بها القاضي .

---

(١) انظر : مفتاح السعادة : ٦٠٠/٢ .

الفريق الثاني : وهم جماعة من القضاة ، تولوا هذا المنصب ، واكتسبوا الخبرة والحنكة والتجربة منه ، ومنهم ابن أبي الدم ، فصاغوا ذلك في الكتب والمؤلفات ، وكانت تجربتهم القضائية ، وتطبيقُ الأحكام العملية ، سبباً في ترجيح القول الذي يتناسب مع الواقع ، ولذلك قال الحنفية مثلا : يقدم قول القاضي أبي يوسف في مسائل القضاء على قول الإمام أبي حنيفة عند التعارض[1] .

ونضرب أمثلة مما وصل إلينا من كتب أدب القضاء في مختلف المذاهب ، للدلالة على الأهمية القصوى التي نالها هذا الموضوع على مدارج التاريخ ، وذلك بتعداد الكتب التي وضعها العلماء في أدب القاضي ، أو نظام القضاء ، في ملحق مستقل مع الفهارس في نهاية الكتاب .

والآن نقدم نُبْذَةً عن حياة ابن أبي الدم ، لنلقي الضوء على كتابه أدب القضاء .

حياة ابن أبي الدم[2]:

٦ ـ اسمه ونسبه : هو شهاب الدين ، أبو إسحاق ، إبراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم بن علي بن محمد بن فاتك ، وقيل : مالك[3]، بن محمد ،

---

(١) نقل ابن عابدين في « حاشيته » أقوال المحققين من علماء الحنفية في هذا المجال ، فقال : الفتوى على قول أبي يوسف فيما يتعلق بالقضاء كما في القنية والبزازية ، أي لحصول زيادة العلم له بالتجربة ، ولذا رجع أبو حنيفة عن القول بأن الصدقة أفضل من حج التطوع لما حج وعرف مشقته ، وفي شرح البيري أن الفتوى على قول أبي يوسف أيضاً في الشهادات ، (انظر : رد المحتار على الدر المختار : ١ / ٧١ ، رسائل ابن عابدين : ١٣٠/٢) .

(٢) انظر : طبقات الشافعية ، الإسنوي : ٥٤٦/١ ، كشف الظنون : ٤٧/١ ، ٢٣٢ ، و جـ٢ ٤٥٧/٢ ، طبقات الشافعية الكبرى : ١١٥/٨ ، شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، ابن العماد : ٢١٣/٥ ، هدية العارفين : ١١/١ ، الأعلام ، الزركلي : ٤٢/١ ، تبصير المنتبه : ١٤١/٣ ، تتمة المختصر في أخبار البشر ، تاريخ ابن الوردي : ٢٥٥/٢ ، المختصر في أخبار البشر ، أبو الفداء : ١٧٣/٣ ، تاريخ الأدب العربي ، كارل بروكلمان : ١٣٨/٦ .

(٣) كتب على الورقة الأولى من المخطوطة : « ابن مالك ، وقيل : فاتك » واقتصر ابن السبكي على قوله : ابن =

المعروف بابن أبي الدم[1]، الحموي الهَمْداني ، الشافعي ، القاضي .

فالحموي : نسبة إل حماة التي ولد فيها ، ووَلي قضاءها ، وتوفي ودفن فيها ، والهَمْداني : نسبة إلى هَمْدان ، وهي قبيلة عظيمة في اليمن[2].

٧ - **ولادته ووفاته :** ولد ابن أبي الدم بحماة في ٢١ جمادى الآخرة سنة ٥٨٣ هـ ، ٢٩ / ٩ / ١١٨٧ م ، ولما كان قاضياً توجه رسولاً إلى بغداد فمرض بالمعرة ، فعاد إلى حماة ، ومات فيها في منتصف جمادى الآخرة سنة ٦٤٢ هـ ، ١٩ / ١١ / ١٢٤٤ م[3].

٨ - **نشأته وحياته :** نشأ القاضي ابن أبي الدم في حماة ، وترعرع في جنباتها ، واكتسب منها معارفه الأولية[4].

وكانت بغداد عاصمة الخلافة الإسلامية ، ومركز العلم ، وموئل العلماء ، يتوافدون إليها من كل حدب وصوب ، ويقصدها طلاب العلم أيضاً ، يَنْهلون من علومها ، ويستفيدون من مكتباتها ، ويتزودون من معارفها ، ثم يؤوبون إلى بلدانهم ، أو يتابعون السير والترحال إلى العواصم والمدن الأخرى التي كانت

= فاتك بن زيد ، (طبقات الشافعية الكبرى : ١١٦/٨) .

(١) كتب على المخطوطة أنه : « ابن محمد بن زيد بن أبي الدم الهَمَداني » ، وهو ما ذكره ابن السبكي أيضاً .

(٢) تبصير المنتبه : ١٤٦١/٣ ، لب الألباب في تحرير الأنساب ، السيوطي : ٢٧٩ ، قال الحافظ أبو بكر الحازمي في (عجالة المبتدي وفضالة المنتهي : ١٢٣) : الهَمْداني منسوب إلى هَمْدان ، واسمه أوْسَلة بن مالك بن زيد بن ربيعة بن أوسلة بن الخيار بن مالك بن زيد بن كهلان بن سبأ ، الشعب العظيم ، ينسب إليه شعب كثير من الصحابة والتابعين فمن بعدهم من العلماء والشعراء .

(٣) التاريخ الميلادي من (الأعلام ، للزركلي : ٤٢/١ ، تاريخ الأدب العربي : ١٣٨/٦) ، وقال ابن العِماد الحنبلي : إنه ولد في جمادى الأولى سنة ٥٨٣ هـ ، بينما ذكر ابن السبكي وغيره أنه ولد في جمادى الثانية ، وهو الراجح ، (انظر : الأعلام : ٤٢/١ ، تتمة المختصر : ٢٥٥/٢ ، المختصر : ١٧٣/٣ ، طبقات الشافعية ، الإسنوي : ٥٤٣/١) .

(٤) شذرات الذهب : ٢١٣/٥ .

تحتضن العلم والعلماء ، فكان الطالب أو العالم ينتقل من مدينة إلى أخرى ، ليحضر مجالس العلماء فيها ، ويتلقى العلم منهم مباشرة ، ولذا اقترن العلم مع الترحال في العصور السالفة ، كما هو الأمر في وقتنا الحاضر .

وقد سار القاضي أبو إسحاق ، ابن أبي الدم ، على هذا المنوال ، فانتقل من حماة إلى بغداد وتفقه فيها[1]، ثم انتقل إلى القاهرة وسمع من المحدثين فيها[2]، ودرس بالموصل على مشايخها ، كما صرح بنفسه على ذلك ، فقال : وافَقَنا على ذلك بعض مشايخنا بالموصل[3]، ودرس بالشام ، واتخذ فيها أصحاباً وأحبة ، كما عبر عن ذلك[4].

وبعد أن قوي عوده ، واشتد صلبه ، ونضج علمه ، وجمع العلوم ، وقطع البلاد ، ولقي العلماء ، وأخذ منهم ، بدأ في العطاء والإنتاج ، واشتغل بالتدريس والتعليم ، فحدَّث بالقاهرة بعد أن استكمل علمه فيها ، كما حدَّث وعلَّم في كثير من بلاد الشام ، ثم استقر به المطاف بحماة فحدَّث فيها ، ونشر علمه على أهلها ، ثم تولى قضاءها ، واشتهر بذلك ، واستمر عليه ، إلى أن وافاه أجله[5].

وتشير بعض المصادر إلى أنه تولى قضاء هَمَذان ، بالتحريك والذال المُعْجمة ، وهي مدينة في وسط الجبال ، في بلادهم العجم ، اشتهرت بالماء العذب ، والهواء الطيب ، والبرد الشديد ، وهي أكبر مدينة فيها ، ولا صحة

---

(١) المرجع السابق ، الصفحة نفسها .

(٢) المرجع السابق .

(٣) انظر صفحة ٣١٦ ف ٣١٥ من هذا الكتاب .

(٤) طبقات الشافعية ، الإسنوي : ٥٤٧/١ ، شذرات الذهب : ٢١٣/٥ ، وانظر : صفحة ٣١٦ من هذا الكتاب .

(٥) شذرات الذهب : ٢١٣/٥ .

لهذه الرواية ، وأن نسبته إلى قبيلة هَمْدان اليانية ، وليس إلى بلدة هَمَذان العجمية[1] .

مكانة ابن أبي الدم العلمية :

٩ ـ تفقه ابن أبي الدم على المذهب الشافعي ، وصار إماماً فيه ، كما يقول ابن العماد[2]، وكان صاحب حلقة وطلاب ، ويبدو هذا واضحاً من مقدمة كتابه « الدرر المنظومات » : « وأن جماعة من أصحابه المشتغلين عليه بعلم المذهب الشافعي سألوه وضع كتاب في أدب القضاء ... وأن الموانع تمنع ، والاشتغال بتنقيح المذهب وتحقيقه يشغل عن ذلك ويقطع ، وأن علم المذهب هو المرتبة العليا ، وتحصيله هو المنية القصوى ، إذ هو النافع في الدنيا والأخرى »[3] .

ويشير في كلامه ـ رحمه الله ـ إلى تصنيف كتابه في الفقه الشافعي « شرح الوسيط » الذي بذل فيه جهداً رائعاً ، ويدل على غزارة علمه ، وتبحره في المذهب ، كما سنشير إليه .

واشتغل ابن أبي الدم بالحديث ، فسمعه من العلماء في بغداد والقاهرة ودمشق ، وحدّث بها ، كما كان عالماً باللغة والأدب ، وله نظم ونثر[4] ، وكان عالماً بالتاريخ والأخبار ، وألف كتابين في ذلك .

فهو مؤرخ ، وبحاث ، ومحدث ، وفقيه ، وأديب ، وشاعر ، وقاض .

---

(١) يقول ابن العماد الحنبلي : « ولي قضاء بلدة هَمْذان باسكان الميم » ، وهذا خطأ ، وكأنه اشتبه عليه ذلك مع قبيلة هَمْدان ، باسكان الميم وبعدها دال ، ولم أجد مرجعاً ذكر ذلك إلا ابن العماد ، (انظر : مراصد الاطلاع : ١٤٦٤/٣ ، تقويم البلدان ، أبو الفداء : ٤٠٦ ، ٤١٦ ، معجم البلدان : ٤١٠/٥) ، وقد تسرب هذا الخطأ إلى الأستاذ محي هلال سرحان الذي حقق (أدب القاضي للماوردي : ٤٥٩/٢) .

(٢) شذرات الذهب : ٢١٣/٥ .

(٣) صفحة ٥٤ ف ٣ .

(٤) شذرات الذهب ، المرجع السابق ، طبقات الشافعية الكبرى : ١١٦/٨ ، هامش ٢

ويضاف إلى ذلك تلك الحظوة التي وصل إليها ، والمكانة السامية في نفس حاكم حماة ، فاختاره ليكون مندوبه إلى عدة بلدان .. ومن وصل إلى هذا المقام يعتبر من عِلْيَةِ القوم الذين يشار إليهم بالبنان ، مع علمه وفضله ومنصبه الرسمي كقاض للقضاة .

وكان مطلعاً على المذاهب الأخرى ومصادرها ، ويظهر ذلك في كتابه « الدرر المنظومات » ، عند مقارنة الأحكام مع المذهبين الحنفي والمالكي ، وهذا يدل على غزارة علمه ، وسعة اطلاعه ، وكثرة بحثه .

مصنفات ابن أبي الدم :

١٠ ـ كان ابن أبي الدم ذا شخصية علمية متعددة الجوانب ، فألف وصنف في علوم مختلفة ، وترك آثاراً خالدة تدل على علمه وفضله ومكانته ، كما قال الذهبي[١] ، ولعله ألف كتباً كثيرة ، لم يصلنا منها إلا ما يلي :

أ ـ شرح مشكل الوسيط للغزالي ، ويتألف مع تكملته « المطلب العالي في شرح وسيط الغزالي » لنجم الدين ، أحمد بن محمد ، المعروف بابن الرفعة ، المتوفى سنة ٧١٠ هـ ، بما يزيد عن ستة وعشرين جزءاً[٢] ، وهذا الكتاب يأتي تتويجاً لاشتغاله بالمذهب الشافعي بحثاً وتدريساً .

---

(١) شذرات الذهب : ٢١٣/٥ ، طبقات الشافعية الكبرى : ١١٦/٨ هامش ٣ نقلا عن الطبقات الوسطى ، طبقات الشافعية ، الإسنوي : ٥٤٧/١ ، طبقات الشافعية ، ابن هداية الله : ٩٩

(٢) الجزء الأول منه موجود بدار الكتب المصرية برقم ٤٢١ فقه تيمور ، خط قديم ، ويوجد منه صورة كاملة في معهد المخطوطات في الجامعة العربية ، مصور رقم ٢٦٨ ، فقه شافعي ، عن مكتبة أحمد الثالث بتركيا ، وجاء ذكره في (شذرات الذهب : ٢١٣/٥ ، هدية العارفين : ١١/١ ، طبقات الشافعية ، الإسنوي : ٥٤٧/١) ، وقد سماه ابن السبكي « شرح الوسيط » ، (طبقات الشافعية الكبرى : ١١٦/٨) ، واشتهر بذلك ، (انظر : فهرس المخطوطات المصورة ، فؤاد سيد : ٣١٥/١ ، فهرس دار الكتب المصرية : ٢٧٦/٣ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٥٧٦/٨) ، وقد كثرت الكتب في شرح مشكل الوسيط كما يظهر ذلك من كتب الفهارس السابقة ، ويوجد منها مخطوطات متعددة في دار الكتب المصرية ، ودار الكتب الظاهرية بدمشق ، وجاء في (معجم المصنفين : ٢١٢/٣) عن ابن أبي الدم : « وشرح كتاب الوسيط للإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي في نحو حجم الوسيط مرتين » .

٢ً ـ أدب القضاء ، وعنوانه « الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات » ، وهو الذي نقوم بتحقيقه ونشره .

٣ً ـ كتاب التاريخ الكبير ، المسمى بالتاريخ المظفري ، أو تاريخ الملة الإسلامية ، وهو تاريخ مفصل للأمم الإسلامية إلى سنة ٦٢٧ هـ ، ويقع في ستة مجلدات كبار ، ألفه باسم المظفر تقي الدين محمود ملك حماة ، وأمير ميّافارقين[١] ، وترجم الايطاليون القسم المختص بصقلية ، وطبعوه ، وترجم مقتطفات منه إلى اللاتينية ، ثم أعيد طبعه مرة ثانية[٢] .

٤ً ـ تاريخ النبي ﷺ والخلفاء إلى سنة ٦٢٨ هـ/١٢٣١ م[٣] .

٥ً ـ تدقيق العناية في تحقيق الرواية[٤] .

٦ً ـ الفرق الإسلامية[٥] .

---

(١) هو الملك المظفر تقي الدين محمود بن الملك المنصور محمد بن المظفر تقي الدين عمر بن شاهنشاه بن أيوب ، استمر ملكاً على حماة خمس عشرة سنة وسبعة أشهر وعشرة أيام ، ثم مرض فيها بالفالج سنتين وكسراً ، وعاش ثلاثاً وأربعين سنة ، توفي في جمادى الأولى سنة ٦٤٢ هـ ، أي قبل شهر من وفاة ابن أبي الدم ، وكان أميراً على ميّافارقين ، وهي أشهر مدن ديار بكر من بناء الروم ، وكان شهماً فطناً يحب العلم وأهله ، وبنى أبراج حماة ، وطاحوناً على العاصي ، وصنع له كرة مدهونة ، عليها جميع الكواكب ، وجدُّه عمر صاحب الأوقاف بحماة ومصر والفيوم ، وكان والده صاحب حماة أيضاً ، (انظر : تتمة المختصر : ٢٥٤/٢ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٢٤٢/٧ ، وفيات الأعيان : ١٢٨/٣ ، فوات الوفيات : ٤٩٨/٢ ، المختصر ، أبو الفداء : ١٧٣/٣ ، النجوم الزاهرة ٧٥/١٠ ، مراصد الإطلاع : ١٣٤١/٣ ، تاريخ الأدب العربي : ١٣٩/٦) .

(٢) الأعلام : ٤٢/١ ، ٧/١٠ ، تتمة المختصر : ٢٥٥/٢ ، كشف الظنون : ٢٣٢/١ وجـ ٤٥٧/٢ ، المختصر : ١٧٣/٣ ، طبقات الشافعية ، الإسنوي : ٥٤٧/١ ، طبقات الشافعية الكبرى : ١١٦/٨ ، معجم المصنفين ٢١٢/٣ ، تاريخ الأدب العربي : ١٣٩/٦ .

(٣) انظر تاريخ الأدب العربي ، بروكلمان : ١٣٩/٦ .

(٤) مخطوط ذكره الزركلي في (الأعلام : ٤٢/١) ، وذكره بروكلمان في (تاريخ الأدب العربي : ١٤٠/٦) ، ويوجد منه نسخة مخطوطة في مكتبة متحف الجزائر ، برقم ٥٤٤ .

(٥) هدية العارفين : ١١/١ ، طبقات الشافعية ، الإسنوي : ٥٤٧/١ ، شذرات الذهب : ٢١٣/٥ ، طبقات الشافعية الكبرى : ١١٦/٨ نقلا عن الوسطى ، معجم المصنفين : ٢١١/٣ ، تاريخ الأدب العربي : ١٤٠/٦ .

٧ ـ إيضاح الأغاليط الموجودة في الوسيط[1] .

٨ ـ الفتاوى[2] .

أهمية كتاب « الدرر المنظومات » في الفقه الإسلامي :

١١ ـ لاشك أن كتاب « الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات » يأتي في قمة كتب أدب القضاء عند الشافعية ، من حيث التنظيم والترتيب والتبويب ، ومن حيث الموضوع وتلخيص الأقوال الفقهية ، وبيان أوجه الأصحاب في أحكام القضاء والدعوى والإثبات والأحكام .

١٢ ـ أما من حيث الترتيب والتبويب ، فقد جاء كتابه في مقدمة وستة أبواب وخاتمة ، وكل باب يتضمن فصولاً ومسائل وفروعاً .

أما المقدمة فبين فيها دواعي التأليف ، وسؤال طلابه في المذهب وضع كتاب في أدب القضاء ، فأجاب سؤلتهم بهذا الكتاب الذي يضم المسائل الحسنة الغريبة ، والفروع المستحسنة العجيبة ، ويجمع بين طريقتي العراق وخراسان ، ويحتوي على المراسم والاصطلاحات ، والوقائع الحكمية ، والفوائد الغزيرة ، والنماذج من علم الشروط ، كما بين في المقدمة فضل علم الفقه عامة ، وعلم الأقضية والأحكام خاصة[3] .

وفي الباب الأول تكلم عن صفة القضاء وفضله وحكم الدخول فيه ، والنصوص والآثار الواردة فيه ، وذكر صفة القاضي ، وشروطه ، وكيفية عقد القضاء ، وآداب القاضي .

---

(١) هدية العارفين : ١١/١ ، وانظر صفحة ٢٦٤ من هذا الكتاب ، والهامش ٣ فيها .

(٢) هدية العارفين : ١١/١ ، كشف الظنون : ١٦٤/٢ ، معجم المصنفين ٢١٢/٣ ، وهذا الكتاب يشير إليه المؤلف كثيراً ، فيقول مثلا : ص ٤٢١ : وقعت هذه المسألة عندنا في الفتاوى ، فقلت : ....

(٣) صفحة ٥٤ ـ ٥٥ ف ٣

وفي الباب الثاني بيّن ما يجب على الحاكم في الخصوم والشهود وأرباب المسائل ، وبحث في الباب الثالث الدعاوى والبيِّنات ومجامع الخصومات ، وخصص الباب الرابع للشهادات بأنواعها ، ووصف في الباب الخامس كيفية إنهاء ماجرى عند الحاكم المتنازع لديه إلى قاض آخر ، وأفرد الباب السادس للشروط المكتتبة من المحاضر والسجلات والكتب الحكمية ، وكتب الابتياعات والوثائق والإجارات ، وهو باب فريد من نوعه في كتب أدب القضاء ، وقد أفرده كثيرون بالتأليف والتوسع ، كما يشير ابن أبي الدم كثيراً ، بينما اختصره في هذا الباب ، ولم يطبع من كتب الشروط على المذهب الشافعي - فيما أعلم - إلا كتاب جواهر العقود للأسيوطي ، ويأتي هذا الباب في « الدرر المنظومات » ، مكملاً له ومتماً لأحكامه ، ويعتبر هذا الباب مع الخاتمة انفتاحاً على أبواب الفقه الأخرى في بيان الأحكام الفقهية والقواعد الكلية ، والمبادئ العامة والاختلافات المذهبية ، وذلك عند عرضه لصورة كتاب في البيع والشفعة والهبة والإجارة والنكاح وغير ذلك ، وهو مايزيد الكتاب أهمية وفائدة .

وذكر في الخاتمة مسائل وقواعد كلية ، كثيرةَ التداول لدى الحكام ، كثيرة النفع لمن يتعلمها[1] ، فيكون بذلك قد أحاط بالموضوع من مختلف جوانبه ، مكتفياً بالأصول العامة ، والقواعد الشاملة ، وضربِ المثال والأنموذج ، ليسير على منواله الفقيه والقاضي ، ويستنير به كاتب السجلات والمحاضر ، ليتجنب الثغرات التي تكون سبباً للاختلاف ، ويدفع الضرر عن المتعاقدين والمتخاصمين[2] ، بينما ترك ماتندر حوادثه وتقل المحاكمات فيه ، كالجنايات والسير والمهادنة والجزية والحدود[3] .

---

(١) صفحة ٥٩١ ، ف ٧٤٨

(٢) صفحة ٤٩٤ ، ف ٥٩٦

(٣) صفحة ٦٩٢ ف ١٠٠٠

١٣ ـ أما من الناحية الموضوعية فقد جمع أقوال أئمة الشافعية وآراءهم في كتابه القيم ، واطلع ـ كما يبدو من كلامه ـ على كل ما كتب في أدب القضاء ، من المصادر الفقهية العامة ، كالأم للإمام الشافعي ، ومختصر المزني ، ونهاية المطلب لإمام الحرمين ، والحاوي للماوردي ، والمهذب للشيرازي ، والبسيط والوسيط للغزالي ، وكذلك اطلع على ما أُلف من مصنفات خاصة في أدب القضاء في المذهب الشافعي ، كمصنف الإصطخري ، وابن القاص ، والقفَّال الشاشي ، والعبَّادي ، والهروي ، فجمع بين هذه المصادر ، وصاغ مافيها بأسلوب رصين ، وعبارة قوية واضحة ، ويبدو تأثره الواضح واعتماده الظاهر ـ مع التلخيص والتصرف بالعبارة ـ على الماوردي في أدب القاضي من كتابه الحاوي الكبير ، وقد يشير إليه أحياناً ، ويصرح كثيراً[١] .

أهداف المصنف وخطته :

١٤ ـ كان هدف ابن أبي الدم من كتابه أن يجمع أحكام أدب القضاء في المذهب الشافعي ، باختصار من جهة ، وبالنص على الأحكام المهمة والمبادئ العامة في المذهب من جهة ثانية ، وأنه يريد أن يضرب بعض الأمثلة التطبيقية ، أو يذكر نماذج من التوثيقات والشروط ... التي تتضمن الأسس العامة في كل جانب ، أو في كل نوع من العقود ، ويصرح ـ في أكثر من موضع ـ أنه لايريد التوسع والإحاطة والتفصيل ، لأنَّ من لايدرك القليل ليقيس عليه ، فلا يفيده الكثير ، وينبغي أن يكون كتابه جامعاً مبسطاً ، يحتاج إليه الطالب والعالم والفقيه والمتفقه .

ويمكننا أن نستعرض خطة المصنف ، ومزايا كتابه ، بالأمور الآتية :

---

(١) وتكفي المقارنة بين الكتابين لتظهر قوة أسلوبه وحسن ترتيبه ، انظر : مقدمة العقد وصفته ولزومه ، صفحة ٨٩ ف ٢٣ وما بعدها .

١٥ ـ **منطق القاضي :** يتكلم المصنف بمنطق القاضي ، ويستفيد من خبرته في القضاء ، وتجربته العملية في ذلك ، ورأيه جيد لابأس به[١] .

١٦ ـ **الواقعية والبعد عن الأمور النظرية :** وهذه الصفة فرعٌ عن سابقتها ، وهي من شيمة القضاة الذي يتصلون بالناس ، وينظرون في التعامل اليومي ، وكانت خبرته القضائية مناراً له في اختيار الأحكام الشرعية والآراء الفقهية التي يتعرض لها القاضي ، كما صرح كثيراً[٢] ، مثال ذلك أنه بعد أن ذكر شروط القاضي ، وخاصة شرط الاجتهاد ، بين أن هذه الشروط غير متوفرة ، وأنه يصح تولية العالم الذي يعرف أحكام مذهبه[٣] .

١٧ ـ **تعدد الأقوال في المذهب :** يأتي ابن أبي الدم بالأقوال الكثيرة ، وآراء الأصحاب في المذهب ، ويوفق بينها ، ويوجه كل قول[٤] ، وقد التزم هذا في أغلب الحالات ، فكان يكثر من ذلك في كل مسألة جزئية ، وفي كل فرع ، ويبين مافيه من الوجهين أو القولين أو أكثر ، ويذكر كل قول وينسبه إلى صاحبه مع التعليل ، وبيان القول أو الوجه الراجح ، على أنه في كثير من الأحيان كان يسكت عن الترجيح ، ويكتفي بذكر القولين أو الوجهين في المسألة ، ويشير أحياناً إلى غرضه في ذلك ، فيقول : وهذا الوجه بعيدٌ ، لكنا نذكر هذه الوجوه لغرابتها وحسنها ، وحصرها والاطلاع عليها[٥] .

١٨ ـ **المقارنة مع المذاهب :** كان ـ رحمه الله ـ يقارن في المسائل مع المذاهب الأخرى ، بأسلوب يسوده التسامح والاحترام لأئمة المذاهب ، ولكن

---

(١) انظر صفحة ١١٩ وما بعدها ، ١٢٧ ، ١٢٩ ، ٣٠٤ .

(٢) صفحة ٨١ ف ١٣ ، ١٥٥ ، ٤٩٦ ف ٥٩٦ .

(٣) صفحة ٧٦ ، ٨٠ ، ٨١ ، وانظر بشكل خاص نقده العنيف للافتراضات الخيالية صفحة ٤٤١ ف ٥٠٥ .

(٤) صفحة ٨١ ـ ٨٣ ، ٣٣٥ .

(٥) صفحة ٣٣٥ ، ٤٧٦ .

لا يشير إلى المذهب الحنبلي وأقوال الإمام أحمد ، إلا نادراً ، وكان في نقله أقوال وآراء المذهبين الحنفي والمالكي دقيقاً وأميناً ، وقد تتبعناه في ذلك ، فلم نجد له إلا بعض المسائل التي نسب القول فيها للإمام أبي حنيفة ، أو للإمام مالك خلافاً للشافعي ، بينما يتفق الإمام مالك مع الإمام الشافعي في حكمها ، منها :

أولاً : عدم العمل بكتاب القاضي إذا مات أو عزل المكتوب إليه[1] .

ثانياً : الشفعة لمن يشترك في ممر الدار[2] .

ثالثاً : رهن المشاع ، فقد أشار إلى « جوازه في مذهبنا ، خلافاً للمذهبين » ، علماً بأن مذهب الإمام مالك الجواز ، وأنه يوافق الشافعية في ذلك[3] .

رابعاً : نقل رأي أبي حنيفة بعدم سماع شهادة شاهد الفرع على شهادة شاهد الأصل ، حتى يزكيه هذا الفرع[4] ، وهذا رأي الإمام محمد بن الحسن ، وهو المرجوح في المذهب الحنفي ، وأما المختار الراجح فهو رأي الإمام أبي يوسف ، وهو أن شهادة الفرع تقبل ، وإن لم يعدّل الأصلَ ، وهو الموافق لرأي الشافعية[5] .

خامساً : نقل الاتفاق بين الشافعية والحنفية في سماع الدعوى على الغائب

---

(١) فقرة ٥٨٢ .

(٢) فقرة ٨٨٥ .

(٣) فقرة ٦٦٨ .

(٤) فقرة ٤٥٥ صفحة ٤١٠ ، ٤١١ .

(٥) نقل الحصكفي الحنفي رحمه الله في كتابه « الدر المختار » قولاً للشافعي وهو رأي المزني المرجوح في المذهب ، (انظر : صفحة ٤٠٤ هامش ٨) ، وهذا الأمر يقع كثيراً في كتب الفقه ، فينقل أحدهم رأياً عن غير مذهبه ، وقد يكون النقل خطأ ، أو أن هذا الرأي لأحد علماء المذهب ، وقد يكون رأياً مرجوحاً ، أو ضعيفاً في المذهب ، فينقله على أنه رأي المذهب ، ولهذا منع العلماء نقل الآراء المذهبية من غير كتب المذهب نفسه .

في مسافة القصر[1] ، بينما يرى الحنفية عدم جواز القضاء على الغائب عن مجلس القضاء مطلقاً ، وهو مانقله المصنف بعد ذلك عن الحنفية[2] .

١٩ ـ وقد خالف المؤلفَ الصوابُ في نقاط محصورة ، تعقبته فيها ، وبينت الصواب في كل منها[3] ، وهذا لايعيب الكتاب ، ولا ينقص من فضل المصنف ومكانته العلمية ، فالعظيم من تحصى أخطاؤه ، وتعدُّ هفواته ، فقمت بتحقيق هذه المسائل ، وبينت القول الصحيح فيها ، مع ذكر المراجع والمصادر في ذلك .

٢٠ ـ **ذكر القواعد الأصولية :** كان ابن أبي الدم ـ رحمه الله ـ يتعرض أحياناً للمسائل الأصولية ، فيحررها ، ويبين أن الاختلاف في الفروع ناتج عن الاختلاف في الأصول ، وهو منشأ النزاع بين الفقهاء[4] ، ثم يحرر القاعدة الأصولية ويشرحها ، ويبين مناط الخلاف ، وتحقيق الأقوال ، ونتائج الاختلاف الواقع فيها ، مثاله : مسألة : هل المجتهد المصيب واحد أو أكثر[5] ؟

٢١ ـ **الدقة العلمية :** وفوق كل ذلك فقد كان يحرر المسائل الفقهية تحريراً دقيقاً ، ويفصلها تفصيلاً أُصولياً ، فيبين منشأ الخلاف ، ويعين الأحكام المتفق عليها ، والحالات المختلف فيها ، ويذكر آراء الفقهاء في كل ذلك .

٢٢ ـ **قوة الشخصية :** ويظهر من خلال البحث شخصية ابن أبي الدم في فقرات الكتاب ، وذلك أنه ينقل الأقوال والاختلافات ، ويوجه كل قول ، ثم يبين رأيه وتعليقه بصراحة وجرأة ، ويعلله بما يقتنع به ، أو بما يراه مناسباً

---

(١) فقرة ٢٦٨ .

(٢) فقرة ٢٧٣ ، فقرة ٢٧٤ .

(٣) صفحة ٧١ ، ١٤٤ ، ١٤٨ ، ٢٦١ ، ٤٧١ ، ٤٧٣ ، ٥٤٣ ، ٥٩٤ .

(٤) فقرة ١٢٩ .

(٥) فقرة ١٣٢ .

مع الواقع والحياة ، أو متناقضاً مع مجريات الأمور ، وينقد هذه النصوص بمنظار العالم المطلع ، والقاضي الخبير[1] ، مثال ذلك أنه نقل واختصر كلام الماوردي في مقدمة عقد القضاء ولفظه ولزومه بأسلوب جيد ، ثم عقب على الماوردي ، وبين المسائل التي يخالفه فيها[2] ، مع الالتزام بأخلاق العلماء ، وتواضع الأتقياء ، واحترام المشايخ[3] .

٢٣ ـ **الابتكار :** لم يكن ابن أبي الدم يعتمد على مجرد النقل ، بل كان له ـ أحيانا ـ ابتكارات يشير إلى عدم النص عليها ممن سبقه ، وأنها من بنات فكره[4] .

٢٤ ـ **الترجيح بين الأقوال :** وكان يحقق بعض المسائل ، مبيناً مناط الخلاف ، ثم يبين ما يراه صالحاً للتطبيق ، أو أقوى دليلاً ، أو أسدّ نظراً ، أو أقرب قياساً وموافقة لغيره من الأحكام أو المقدمات أو الأشباه والنظائر[5] .

٢٥ ـ **الأسلوب القويم :** أما أسلوبه فهو منطقي تربوي علمي ، فينتقل من المعلوم إلى المجهول ، ومن البسيط إلى المركب ، ومن المقدمات إلى النتائج ، فكان في مطلع كل فصل أو باب يقدم له بمقدمة تتعلق به ، أو بقاعدة عامة تنضوي تحتها المسائل ، وكان في نهاية كل فصل يمهد للفصل الذي يليه ، وكان لا يغفل عن بيان غايته وغرضه من البحث ، سواء فيما أثبته أو فيما تعمد إغفاله ، وأسلوبه رصين متين ، وفيه أدب رفيع[6] .

---

(١) فقرة ٧١ ، ٧٢ ، ٧٨ ، ٢٢٥ ، ٢٤٤ ، ٢٦٧ ، ٢٨٤ .

(٢) فقرة ٢٣ وما بعدها ، ٤٧١ ، ٥٨٩ .

(٣) فقرة ٤٧٤ / ٢ ، ٥٨٤ .

(٤) فقرة ١٤٥ ، ٦٢٢ ، ٧٢٦ ، وانظر بحثه القيم عن القيمة ، فقرة ٥٢٩ .

(٥) فقرة ٨٧٧ .

(٦) انظر : الفقرات ١ ـ ٣ ، ١٨ ، ٢١ ، ٣٥ ، ٣٦ ، ٣٩ .

٢٦ ـ **أمانته العلمية :** سبق القول أن المصنف اطلع على غالبية المؤلفات في الموضوع ، ورجع إلى مصنفات كثيرة في المذهب ، فكان أميناً في نقله منها ، وإيرادها في خلال كلامه ، وكان يذكر أسماء المؤلفين كثيراً ، وفي بعض الأحيان يذكر اسم الكتاب فقط ، فيقول : قال صاحب التقريب ، وقال صاحب التهذيب ، وفي التتمة ، وقال صاحب التلخيص ، وفي الانتصار كذا ، وفي البسيط أو الوسيط كذا وكذا[1] ، وغير ذلك من الكتب الكثيرة ، والمراجع المرموقة التي لا تزال مخطوطة في دور الكتب ، لم تر النور بعد ، أو فقدت مع ما فقد من تراث الإسلام وذخائره في أيام التاريخ الأسود التي حلت في دار الإسلام والمسلمين ، سواء في الفتن الداخلية أو في الهجمات الخارجية على ثغور البلاد ، وعواصم الدولة الإسلامية .

عمل القضاة في بناء صرح الفقه الشامخ :

٢٧ ـ وكان القضاة باستمرار يرفدون الفقه والفقهاء بمعين لا ينضب من الأحكام والقواعد التي تنبع من الواقع ، وتستمد أُسسها وجذورها من مقاصد الشريعة ونصوصها المحفوظة ، ويحق لنا أن نقول : إن جهود القضاة في التصنيف والتأليف والشروح يشكل شطر تراثنا الفقهي في مختلف المذاهب ، وإن كتب الفقه ناطقة وشاهدة على صدق ما نقول ، وكان دافعهم إلى ذلك حماية الحقوق ، والفصل بين الأفراد ، والصمود والإصرار على الحق ، لا يخافون في الله لومة لائم ، مع كل ما يتعرض له القاضي ، أحياناً ، في سبيل ذلك ، من عزل وإهانة ، ومضايقة واضطهاد ، وسجن ونفي وقتل .

مكانة الكتاب التشريعية ، وفائدة نشره :

٢٨ ـ لئن كان هذا الكتاب يمثل الذروة في المذهب الشافعي من جهة ،

---

(١) انظر فهرس الكتب الواردة في النص في آخر الكتاب .

وفي الفقه الإسلامي من جهة أخرى ، فإنه لا يقل عن ذلك من الناحية التشريعية في العصر الحاضر الذي تعيش فيه أمتنا العربية والإسلامية مرحلة خطيرة ، وتقف فيها على مفترق الطرق ، وهي تنشد النهضة والتقدم الفكري والحضاري والثقافي والقانوني ، وتتطلع إلى إصدار التشريع المناسب ، واختيار الأحكام والقوانين والأنظمة التي تحقق لها الآمال العريضة ، وتضمن الحياة الرغيدة لأفراد المجتمع ، وتحفظ لهم حقوقهم ، وتصون أنفسهم ، وتحمي أرواحهم ، وتؤمن لهم العدل والأمن والطمأنينة ، فيأتي هذا الكتاب ليقدم للمشرع في البلاد العربية والإسلامية أنموذجاً مثالياً في نظام القضاء من الناحيتين العلمية والعملية ، ويضع بين يدي رجال التشريع أثراً فريداً في القضاء والمرافعات وأصول التقاضي ، ويقرب للأذهان الصورة الواقعية التي تجري عليها الدعاوى ، بَدءاً من رفعها ، وانتهاءً بإصدار الحكم وتنفيذه والوصول إلى غايته .

٢٩ ـ وهذا الكتاب في مجموعه لا يختلف كثيراً عن القواعد العامة في المرافعات وأصول المحاكمات التي تسربت إلينا من الغرب إبَّان الاستعمار البغيض ، وبقيت نافذة في بلادنا حتى اليوم ، على الرغم من جلاء المستعمر عن الوطن ، وعلى الرغم من المساوئ الكثيرة ، والأعباء الثقيلة التي يرزخ تحتها المواطن العادي ، كالإجراءات المعقدة ، والمواعيد المسترسلة في أروقة المحاكم ، ودور القضاء[1] .

٣٠ ـ وهذا الكتاب يعتبر مرجعاً خصباً للقضاة والمحامين ورجال القضاء ، في حل المشاكل والمعضلات الكثيرة التي يواجهونها في أعمالهم ، ويمتاز ـ عما وصل إلينا من الشرق والغرب ـ أنه من وضع وتصنيف وترتيب سلفنا

---

(١) انظر : أصول المحاكمات الشرعية والمدنية ، للمحقق : ص٩٣ ، ٩٧ ، ٣٨١ .

الصالح ، وأنه يعالج الأمور بحسب البيئة الخاصة ، والتقاليد والعادات التي يعيشها المواطن العربي اليوم ، كما يتضمن خصائص وميزات الفقه الإسلامي[1] ، ذلك أن التنظيم القضائي في الإسلام يختص بخاصيَّة فريدة ، ويمتاز بميزة عظيمة ، تؤكد سموه ، وتؤمن تطبيقه ، وتواكب سيره في إقامة الحق والعدل بين الناس ، وتصون أحكامه ، وتضمن تطبيقه وتنفيذه ، وتكفل نزاهته واستقامته ، وهي اعتماده على العقيدة والأخلاق ، فالعقيدة أساس القضاء ، والأخلاق غذاؤه ، ويظهر ذلك في كل مرحلة ، وفي كل جانب من جوانب القضاء ، سواء في ذلك عند اختيار القاضي ، أو رفع الدعوى ، أو معاملة الخصوم ، أو في إصدار الحكم ، أو في تنفيذه ، وهذا ما يُعبر عنه بالجانب التعبدي في الأحكام الشرعية ، وهو السبب في ظهور اصطلاحين يعرفان بالاعتبار القضائي ، والاعتبار الدياني ، وما ذلك إلا لأن الأحكام الشرعية ، ومنها التنظيم القضائي في الإسلام ، يستمد أحكامه من الديانة التي تربي الضمير ، وتخاطب الوجدان ، وتُصلح الظاهر والباطن ، وتقوِّم السلوك ، وتفرض العبادات ، وإذا كانت الشريعة الإسلامية تشارك القوانين الوضعية في الاعتبار القضائي ، فإنها تمتاز عنها ، وتنفرد بالاعتبار الدياني ، والمعنى الروحي ، وأساس فكرة الحلال والحرام ، والثواب والعقاب ، التي تقوم عليها عقيدة المسلم ، وتجعل من وازعه الديني مراقباً له في حياته عامة ، وفي القضاء والدعوى والإثبات والأحكام خاصة ، كما تمتاز الشريعة بقيامها على الأخلاق التي تعتبر عنوانَ المسلم في حياته ، ورائدَه في معاملاته مع الآخرين ، ولذلك كانت أحكام الفقه الإسلامي تستند إلى دعامتين متينتين هما العقيدة والأخلاق ، أو الوازع الديني والوازع الخلقي ، وقد حرص الإسلام على غرس العقيدة قبل التكليف بالأحكام ، لأنها الحامي لصحة التنفيذ ، وحسن

---

(١) انظر : التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ، للمحقق : ص١٩ .

السلوك ، والبعد عن الانحراف ، وهي الرقيب على الطاعة الحقيقية في التطبيق ، ولذلك فإن العقيدة وتعاليم الأخلاق ذواتا أثر عظيم وخطير في مجال القضاء ، وإن وجود العقيدة ، والتحلي بالأخلاق ، يعتبران المهماز الأساسي في القضاء ، والاطمئنان إلى صحته وسلامته .

٣١ ـ والشريعة الإسلامية دين وقانون ، وهما قسمان متعاونان متكاملان ، يلتقيان في شخصية الفرد المسلم ، فالناحية الروحية ، في العبادة والتربية والأخلاق ، تتصل بخفايا النفوس ، وتكوّن المسؤولية أمام الله تعالى الذي يعلم السر وأخفى ، كما تمتزج القواعد الخلقية والقواعد الدينية مع القواعد التشريعية .

مخطوطات الكتاب :

٣٢ ـ وكتاب « الدرر المنظومات » ، الذي نقوم بتحقيقه ونشره ، كتبه ابن أبي الدم ، وأملاه على طلابه ، ويظهر أن النسخ الأصلية قد فقدت مع ما فقد من تراث الإسلام ، وإنني أعتمد في التحقيق على ثلاث نسخ ، إحداها في دار الكتب المصرية بالقاهرة ، وهي **الأصل** ، والثانية في المكتبة الأهلية بباريس ، واطلقت عليها **نسخة ف** ، والثالثة في المكتبة الظاهرية بدمشق ، واطلقت عليها **نسخة ب** ، ونقدم تعريفاً بكل نسخةٍ مع بيان الوصف الحالي لها .

دراسة النسخة الأصلية :

٣٣ ـ هذه النسخة هي النسخة الوحيدة الكاملة في العالم ـ فيما أعلم ـ التي وصلت إلينا ، وهي من كتابة محمد بن محمد بن بهادُر ، كتبها سنة ٨٤٦ هـ[1] .

---

(١) لم أجد في كتاب الضوء اللامع لأهل القرن التاسع ، للسخاوي ، ترجمة للاسم المذكور ، وإنما ذكر ترجمة باسم محمد بن علي بن محمد بن بهادر ، الكمال بن العلاء ، ناصر الدين القاهري ، الشافعي القادري ، ويعرف بالطويل ، وقد جمع الفقه والحديث والنحو والقرآن والعربية وغير ذلك ، ويظهر أنه ليس هو الناسخ ، (انظر : الضوء اللامع : ١٤/٩) .

وهذه النسخة إحدى مخطوطات دار الكتب المصرية ، تحت رقم ١٢ فقه حنفي حليم ، ونسبت إلى مخطوطات المذهب الحنفي خطأ ، وذلك أن المؤلف كان يقارن مع المذهبين الحنفي والمالكي ، فتوهم مراقب المخطوطات بذلك ، وصنفها في المذهب الحنفي ، وهي ضمن مكتبة حليم التي ضمت إلى دار الكتب ، وصورت الدار المخطوطة برقم ٣٤٦ ، وعدد الأوراق ١٤٦ ورقة ، بقياس ١٨ × ٢٤ سم ، وفي كل صفحة ٢٥ سطراً[1] ، وأخذت هذه النسخة إلى المخابئ ، واحتفظت الدار « بميكروفيلم » لها تحت رقم ٢٦٢٤ ، وقد حصلت على نسخة من « الميكروفيلم » وكبرته ، واعتمدت عليه .

٣٤ ـ وهذه النسخة جيدة بشكل عام ، وتميل النفس إلى الاعتقاد بالصحة الكاملة لنصوصها ، وذلك أنه ثابت بين سطورها أنها قوبلت على نسخة مقابلة على نسخة المصنف[2] ، ووجد على الهامش تصحيحات وتصويبات ، مع استدراك النقص فيها ، وأن كتابة هذه النسخة التي بين أيدينا قريبة العهد من حياة المؤلف ، كما أثبت كاتبها المقابلة في الهامش بلفظ « بلغ مقابلة » في عدد كبير من الصفحات ، وإن نسبة هذا الكتاب إلى المصنف أمر لا يتطرق إليه شك ، فقد ذكر ذلك كل من تكلم عن حياة ابن أبي الدم ، كما أن معظم فقهاء الشافعية نقلوا عنه في أبواب الدعوى والقضاء والإثبات بالشهادة واليمين .

٣٥ ـ ولكن هذه النسخة التي بين أيدينا لم تنجُ من عوادي الزمن وحوادث الأيام ، فأصابها العفن والرطوبة التي أتت على أجزاء من الورقات الأخيرة منها ، وكانت الرطوبة شديدة في الورقتين الأخيرتين ، مما دعا القائمين

---

(١) على الصفحة الأولى ذكر لبعض ملاك الكتاب ، بعضها ظاهر واضح مقروء ، وبعضها مشطوب عليه ، وأقدم تاريخ للتملك عليها عام ٩٣١ هـ ، كما كتب على الصفحة الأولى اسم الكتاب ، واسم مؤلفه ووفاته ، نقلا عن كشف الظنون .

(٢) انظر صفحة ٢٩٨ من هذا الكتاب ، هامش ٢ .

على المخطوطات في دار الكتب إلى إصلاح العطب ، وإلصاق قطعتي ورق على مكان الإصابة ، فطمس الكلام تماماً ، فأتممت النقص من النسخة الثانية ، وقد اعتمدت على هذه النسخة في التحقيق ، واعتبرتها هي الأصل ، وهي مكتوبة بخط نسخ ، ويندر فيها التنقيط والشكل ، وفي بعض الأحيان يكون الشكل خطأ .

نسخة ف :

٣٦ ـ ويوجد لهذا المخطوط نسخة في المكتبة الأهلية في باريس برقم ٩٩٦ ، وكتب على الصفحة الأولى منها : كتاب أدب القضاء ، الشيخ الإمام العلامة قاضي القضاة ، شرف الدين ، ابن أبي الدم الشافعي ، رحمه الله ، وجاء في الصفحة الأخيرة منها ؛ وكان الفراغ من تعليقه في اليوم المبارك ، نهار السبت ، عاشر شوال المبارك ، سنة اثنتين وخمسين وثمان مائة ، وحسبنا الله ونعم الوكيل .

٣٧ ـ وأحضرت « الميكروفيلم » لهذه النسخة من فرنسا ، ويتكون من ١٥٧ ورقة ، وفي كل ورقة ١٩ سطراً ، ولم يُذكر عليها اسم الناسخ ، وقد كتبت سنة ٨٥٢ هـ ، وهو وقت قريب من نسخة الأصل ، أي بعدها بست سنوات فقط ، ويظهر من المقابلة أنها مأخوذة من أصل آخر غير الأصل الذي نقلت منه المخطوطة السابقة .

٣٨ ـ وهذه النسخة جيدة مكتوبة بخط نسخ واضح مقروء ، الشكل فيها كثير ، وفيها سقط كثير جداً ، وقد يسقط منها كلمة أو كلمتان ، وأحياناً يسقط سطر وسطران ، وفي بعض الأحيان بضعة أسطر ، ولا يوجد عليها ما يدل على أنها قوبلت على الأصل المنقولة عنه .

٣٩ ـ وهذه النسخة ناقصة في وسطها ، فقد ترك الناسخ كتابة الباب السادس بأجمعه ، وهو بعنوان : في الشروط المكتتبة في المحاضر والسجلات

والكتب الحكمية ، ويتكون هذا الباب من ثلاثين ورقة في نسخة الأصل (٩١ / ب ـ ١٢١ / أ) ، وهو من (٤٩٤ ـ ٥٩٠) من هذا الكتاب ، وانتقل الناسخ فوراً إلى خاتمة الكتاب ، ورقة ١٢٦ / أ من النسخة ف ، على الرغم من أنه ذكر خطبة المؤلف في أولَ الكتاب ، وأنه رتبه على مقدمة وستة أبواب وخاتمة .

٤٠ ـ وقد استفدت من هذه النسخة كثيراً ، واعتمدت عليها بما يلي :

١ً ـ صححت منها بعض الألفاظ والاصطلاحات والعبارات التي وردت في نسخة الأصل خطأ ، أو يغلب على الظن فيها الخطأ ، أو لا تتفق مع السياق والمعنى ، ووضعت اللفظ أو العبارة المأخوذة من نسخة ف بين قوسين ، هكذا (   ) ، وأشرت في الهامش إلى مقابله في الأصل .

٢ً ـ قابلت بين النصين بشكل كامل ، وأثبت الفرق بينهما ، فإن اتفق النصان فذلك من فضل الله وتيسيره ، وإن اختلف اللفظ أو العبارة بين الأصل ونسخة ف قارنت بينهما ، فإن ثبت لديّ ـ قطعاً ـ صحة الأصل أثبته ، ولا أشير في الهامش إلى نسخة ف إلا نادراً ، وفي حالات قليلة ، بغية الاختصار ، وخشية الإطالة بما لا فائدة منه ، وإن ترجح لدي ـ بناء على الظن الغالب ـ عبارة الأصل فقد أثبته في المتن ، وأشرت في الهامش إلى عبارة أو لفظة نسخة ف ، ليكون أمام القارئ وجهتان محتملتان مع ترجيح الأولى ، وإن ترجح لدي ـ على الظن الغالب ـ العبارة في نسخة ف فقد أثبتها في المتن ، ووضعتها بين قوسين (   ) ، وأشرت في الهامش إلى نص الأصل ، وإن تساوى الأمران والاحتمالان في الأصل وفي نسخة ف ، أبقيت عبارة الأصل في المتن ، وأشرت إلى نسخة ف في الهامش ، وإذا كانت عبارة الأصل صحيحة واضحة ، ولكن يوجد في نسخة ف لفظ أو عبارة أخرى تدل على معنى صحيح آخر ، فإني أذكره غالباً في الهامش : فأقول : وفي نسخة ف كذا .

٣ ـ اكملت من نسخة ف ما وجدته ناقصاً أو ساقطاً أو متآكلاً أو مطموساً في نسخة الأصل ، ووضعت ذلك ضمن قوسين (   ) ، وأشرت في الهامش أن اللفظ أو العبارة من نسخة ف .

نسخة ب :

٤١ ـ وهي عبارة عن ورقات محدودة منقولة من كتاب أدب القضاء ، لابن أبي الدم ، ضمن كتاب يتحدث عن أحكام النكاح ، وقد عثرت على هذه النسخة أثناء البحث والتفتيش عن نسخ الكتاب في فهارس المخطوطات ودور الكتب ، فقد وجدت أثناء بحثي في المكتبة الظاهرية بدمشق بطاقة تحمل العنوان التالي : « كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم » ، ورقم المخطوطة ٤٣٨٢ عام ، وفي السطر الثاني كتب على البطاقة : فصول متفرقة منه ، نقلت في الثلث الأخير من كتاب في أحكام النكاح لعله للرّوياني .

٤٢ ـ وبعد الاطلاع على هذه المخطوطة تبين لي أنها لا تحمل اسم المؤلف ، وأنها ناقصة من أولها بمقدار ملزمتين ، وكتب على ورقة الغلاف بقلم رصاص رقمها ، وهو ٤٣٨٢ ، وكتب بقلم رصاص على الوجه الثاني من ورقة الغلاف : كتاب في أحكام النكاح وفروعه ، نمرة ١٤٧ .

٤٣ ـ والمخطوط يبحث عن أحكام النكاح ، ويبدأ الكلام ـ في القسم الموجود ـ عن اختيار الزوجة ... وفي الورقة ٩٢ وضع الناسخ عنواناً بالأحمر : فصول متفرقة من كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ، فنقل حوالي عشرين ورقة ، ثم تابع كلامه عن ولاية الزواج ، وولاية المال والنفقات ، اعتباراً من الورقة ١١٢ / أ .

٤٤ ـ ويظهر لي من مقابلة هذه النسخة مع نسخة الأصل ونسخة ف أن هذه الورقات منقولة إما من نسخة ف مباشرة ، وإما أنها منقولة من الأصل

الذي نقلت عنه نسخة ف ، وهذا يشير إلى أن نسخة ف الموجودة في فرنسا مأخوذة من دمشق إبان الاستعمار الفرنسي لسوريا ، وجاء في آخر هذه النسخة ، في الورقة ١٤١/أ ، ما يلي : قال مؤلفه رحمه الله : فرغت من تعليقه بعد عصر ثاني أيام التشريق سنة إحدى وتسعين وسبع مائة ، وكان الفراغ من تعليق هذه النسخة يوم السبت ، ثاني جمادى الثانية ، عام إحدى وثمانين وثماني مائة ، والحمد لله وحده .

٤٥ ـ ومؤلف هذا الكتاب مجهول ، وما ورد من نسبته للرُّوياني خطأ فاحش ، لأن الرُّوياني صاحب البحر توفي سنة ٥٠٢ هـ[1] ، والرُّوياني القاضي ، هو شريح ابن عم صاحب البحر ، توفي سنة ٥٠٥ هـ[2] ، بينما ثبت في آخر المخطوطة أن مؤلفها فرغ منها سنة ٧٩١ هـ ، ويَنقل عن الروضة للنووي ، المتوفى سنة ٦٧٦ هـ ، والعز ابن عبد السلام ، المتوفى سنة ٦٦٠ هـ ، وغيرهما ممن توفي في القرن السابع ، ويَنقل عن الرُّوياني كثيراً ، مما دفع كاتب البطاقات إلى نسبة الكتاب إليه .

والنسخة بشكل عام قديمة ، وقد أكلت الأرضة بعض جوانبها ، ويظهر في أولها آثار الرطوبة والعفونة على الجوانب ، ولكن الخط واضح ومقروء .

أما القسم المنقول عن ابن أبي الدم فهو فصول متفرقة وغير مرتبة من أدب القضاء ، وكان المصنف يتصرف في العبارات ويحذف ما لا يراه لازماً ، ويختصر الجمل ويعقب عليها أحياناً بقوله : قلت[3] .

٤٦ ـ واعتمدت على هذه النسخة في التحقيق بإصلاح بعض الألفاظ ،

---

(١) طبقات الشافعية الكبرى : ١٩٥/٧ .

(٢) المرجع السابق : ١٠٢/٧ .

(٣) انظر ورقة ٩١/ب من هذه النسخة .

واستكمال بعض العبارات ، وأشرت إليها باسم « نسخة ب » عند اللزوم ، وذلك في إتمام معنى ، أو ترجيح أحد الاحتمالات للعبارة ، دون أن أملأ الصفحات بالهوامش التي تبين سقوط حرف أو زيادة كلمة لاتؤثر ، ولا تضر في المعنى ، مثل عبارات الترحيم والترضي التي أثبتتها هذه النسخة باستمرار ، إلا إذا كانت العبارة تحتمل معنى ثانياً ، فأشير إليه .

اصطلاحات ابن أبي الدم في « الدرر المنظومات » :

٤٧ ـ كان المصنف رحمه الله يشير إلى كثير من المصادر والمراجع ، ويرمز إلى العلماء والقضاة باختصار ، ويستخدم بعض الاصطلاحات والرموز فيها ، وهي في مجملها مصطلحات معروفة في المذهب الشافعي ، وذكرها كثير من فقهاء الشافعية في مقدمات كتبهم[١] ،نستعرض بعضها فيما يلي :

أولاً ـ أبو إسحاق : يطلقه على ثلاثة أشخاص مفرقاً بينهم بما يلي :

١ً ـ إذا قال : الشيخ أبو إسحاق ، فيقصد الشيرازي صاحب « المهذب » و « التنبيه » ، المتوفى سنة ٤٧٨ هـ .

٢ً ـ إذا قال : الأستاذ أبو إسحاق ، فيريد إبراهيم بن محمد الإسفرايني ، المتوفى سنة ٤١٨ هـ .

٣ً ـ وإذا أطلق ، وقال : أبو إسحاق ، فيعني إبراهيم بن أحمد المروزي ، المتوفى سنة ٣٤٠ هـ .

ثانياً : أبو علي : إذا أطلقه أراد به أبا علي السنجي ، وقد يذكره بلفظ « الشيخ أبو علي » .

---

(١) انظر : مغني المحتاج : ١٢/١ ، المجموع شرح المهذب : ١٠٧/١ .

ثالثا : أصحابنا : نقل هـذا اللفـظ عن أبي نصر ، وقـال : وهـذا دليل على وقوع الخلاف عندنا (أي في المذهب) .

رابعـا : يشير إلى الاختـلاف في الحكم في المـذهب الشـافعي بعبـارات ، منها : لفظة « قولين » للدلالةَ على وجود الاختلاف عند الإمام الشافعي رحمـه الله ، ولفظـة « وجهين ، أو أكثر » للـدلالـة على الخـلاف بين الأصحـاب ، وهم من بلغوا مرتبـة الاجتهـاد في المـذهب ، ولفظـة « قيـل » للـدلالـة على القـول الضعيف ، ويعبر عن الراجح بلفظ : الأصح أو الصحيح أو المذهب ..

خامساً : طريقة العراق : وهي إحدى طريقتين للمـذهب الشـافعي ، في القرن الرابع والخامس الهجريين ، بزعامة أبي حامد الإسفرايني (٤٠٦ هـ) ، والطريقة الثانية : هي طريقة خراسان بزعامـة القفـال المروزي (٤١٧ هـ) ، ثم جـاء الشيـخ أبـو علي السنجي (٤٣٠ هـ) ، تلميـذ القفّـال ، فجمـع بين الطريقتين ، بعد أن درس في العراق على الشيخ أبي حـامـد الإسفرايني أيضـاً ، وقـد تركت هـاتـان الطريقتـان أثراً ظـاهراً واتجـاهـاً بـارزاً في كتب المـذهب الشافعي ومصنفات علمائه فيه .

عملي في التحقيق :

٤٨ ـ يتجلى العمل في التحقيق بالنظر في الكتاب من حيث النص ، ومن حيث الدراسة والهوامش التي تمت على النص ، ويمكن تلخيص ذلك بما يلي :

١ً ـ تقويم النص وإصلاحـه ، لإظهـاره بـأفضل عبـارة ، أو صيـاغـة ، أو ترتيب ، يتفـق مـع المعنى ، ومـع مقتضى الأسلـوب ، وبمـا ينـاسب الأحكام الشرعية الصحيحة ، وذلـك بـالاعتماد على كتب الفقهـاء التي تتنـاول الموضوع ، وبـالمقـارنـة مـع الكتب التي اقتبس منهـا بعض النصـوص ، كالمهـذب والتنبيـه

للشيرازي ، والوجيز للغزالي ، والأم للشافعي ، ومختصر المزني ، وأدب القاضي للماوردي .

٢ ـ ضبط المفردات اللغوية والاصطلاحات الفقهية ، بالرجوع إلى معاجم اللغة وكتب الاصطلاحات والكشافات ، مثل كتاب التعريفات للجرجاني ، وموسوعة كشاف اصطلاحات الفنون للتهانَوي ، وتعليقات النووي على التنبيه ، وأثبت بالهامش معنى الكلمات الغامضة ، وتعريف الاصطلاحات الفقهية ، وأعجمت الكلمات بوضع النقط في محلها[١] .

٣ ـ ذكرت أرقام الآيات القرآنية الكريمة ، وموردها في السور ، وأكملت الآيات التي وردت ناقصة ، وهذا أمر له أهميته من ناحية العقيدة ، كما هو ظاهر .

٤ ـ حققت وخرجت الأحاديث الشريفة التي ذكرها المصنف ، أو أشار إليها ، أو ضمنها كلامه ، وذلك بالاعتماد على أمهات كتب السنة ، وهي الصحاح الستة ، وعلى مصادر كتب التخريج والتبويب ، مثل نصب الراية للزيلعي ، والتلخيص الحبير لابن حجر ، ونيل الأوطار للشوكاني ، وسبل السلام للصنعاني ، والفتح الكبير للسيوطي ، وتيسير المنفعة لفؤاد عبد الباقي ، ومفتاح كنوز السنة لعبد الباقي أيضاً ، وذخائر المواريث للنابلسي ، وغيرها .

٥ ـ تحقيق المسائل العلمية وذلك بأمرين :

الأول : بيان المراجع الفقهية المعتمدة التي تتفق مع نقل المصنف في إظهار الأقوال المتفق عليها ، والقول الراجح أو المعتمد في المذهب .

الثاني : بيان القول الأصح ، أو الوجه الراجح ، أو الدليل الأقوى في

---

(١) انظر فهرس المصطلحات والمفردات في آخر الكتاب .

المذهب ، وذلك في كثير من الحالات التي يـذكر فيهـا المصنف قولين أو وجهين أو ثلاثـة ، دون أن يبين الراجح أو الأصح منهما ، وذلـك بـالرجـوع إلى كتب المذهب المحققة ، كالمنهاج للنووي وشروحه .

٦ً ـ السعي بقدر الإمكان لتحقيق النصوص التي اقتبسها المصنف من كتب سابقيه ، وذلك أن كثيراً من الكتب التي اعتمـد عليهـا قـد فقـدت ، كما سيظهر من الفهارس ، وكانت الإشارة إليها إحياءً لاسمها ، وذكرى لأصحابها ، وبعضها لايزال مخطوطـاً في دور الكتب والمتـاحف الأثريـة والبيوتـات المجهولـة ، دون إمكان الرجوع إليها ، وماعدا ذلك فقد أجهـدنـا أنفسنـا في البحث عن الكتب والنصوص التي اعتمد عليها أو أشـار إليهـا ، متى وقع تحت أيـدينـا ، وخـاصـة « كتـاب الأم » للشـافعي ، و « المهـذب » للشيرازي ، و « الحـاوي الكبير » للماوردي .

٧ً ـ تعرض المؤلف للمقارنة والموازنة لبيـان أقوال المـذاهب الأخرى ، وقـد حققت هذه المسائل ، ورجعت إلى كتب كل مذهب التي يعتمـدهـا أصحـابـه ، وبينت المصـادر والمراجع التي يمكن الاطلاع عليهـا للتوسع في هـذه المسـائـل ، مثل : رد المحتار لابن عابدين ، وبدائع الصنائع للكاسـاني ، وفتح القـدير لابن الهمام ، ودرر الحكام لمنـلا خسرو ، ومختصر الطحـاوي ، في الفقـه الحنفي ، وحاشية الـدسوقي على الشرح الكبير ، والفروق للقرافي ، وتحفـة الحكام ، وشرح ميّارة ، وحاشية العدوي ، وبلغة السالك ، وقوانين الأحكام الشرعيـة ، وتبصرة الحكام ، وبـدايـة المجتهـد ، في الفقـه المـالكي ، والمغني لابن قـدامـة ، والمحرر في الفقـه ، وكشـاف القنـاع ، والقواعـد لابن رجب ، والإفصـاح لابن هبيرة ، في الفقـه الحنبلي ، ومغني المحتـاج ، ونهـايـة المحتـاج ، وشرح المحلي ، والمجمـوع ، والمهذب ، وحاشية البجيرمي ، وحاشية الباجوري ، وجواهر العقود ، في الفقـه الشافعي .

٨ً ـ ترجمت لجميع الأعلام والشخصيات التي وردت في الكتاب ، وبذلت جهداً كبيراً في استقصاء ذلك ومعرفة الأشخاص المقصودين في النص ، وذلك أن المصنف كان يكتفي أحياناً بذكر اللقب الذي يشترك فيه عدد كبير من الأعلام ، كالجُرجاني والحاملي والخِضري ، ولم آل جهداً في البحث عن حياة هؤلاء ، وتاريخ ولادتهم ووفاتهم ، وشيوخهم وتلاميذهم ، ومكانتهم الاجتماعية والعلمية ، ومؤلفاتهم ، وطرفٍ من أخبارهم ، وبيّنت بعد كل ترجمة المصادر التي رجعت إليها ، أو اطلعت عليها ، لمن يريد التوسع في ذلك ، مثل : وفيات الأعيان ، وفوات الوفيات ، وطبقات الشافعية الكبرى ، والدرر الكامنة ، والضوء اللامع ، والبدر الطالع ، والنجوم الزاهرة ، والبداية والنهاية ، وحسن المحاضرة ، ونكت الهَميان ، والمعارف ، والأعلام ، وغير ذلك .

٩ً ـ أتممت النقص الواقع في المخطوطة ، وخاصة في الورقات الأخيرة منها التي تعرضت للتلف والرطوبة والأرضة ، وذلك بما يتفق مع العبارات المتقطعة الموجودة ، وبالرجوع إلى النسخة الثانية التي أحضرت من فرنسا صورة عنها ، كما اعتمدت على نسخة ب في إكمال بعض العبارات والجمل والأحكام .

١٠ً ـ وضعت عناوين للمسائل التي تحدث عنها المصنف وذكرها تحت عنوان عام وشامل ، أو جاءت عرضاً واستطراداً في حديثه ، وتأكيداً للأمانة العلمية ، وحفظاً لعبارات المصنف فقد وضعت هذه العناوين وجميع الجمل والعبارات التي أكملتها وأضفتها من عندي ضمن معقوفتين هكذا [ ] ، بينما وضعت المفردات والجمل التي وجدتها في الهامش ، أو من نسخة ف أو نسخة ب ، بين قوسين هكذا ( ) ، كما وضعت أرقاماً متسلسلة للفقرات ليسهل الرجوع اليها والإحالة عليها .

١١ً ـ عملت في آخر الكتاب فهارس تفصيلية للموضوعات والمراجع

والآيـات والأحـاديث ، والأشخـاص والكتب والمصطلحـات التي وردت في النص .

صعوبات التحقيق :

٤٩ ـ لقد واجهت صعوبَات جمة في تحقيق هـذا المخطوط ، وإخراجه على الوجـه الـذي أنشده ، وهـذه الصعـوبـات تـواجـه كل إنسـان يسير في طريـق التحقيق ، وخـاصـة في المخطوطـات النـادرة والقـديمـة ، وأهم هـذه الصعوبـات اثنتان :

الأولى : أن دار الكتب المصريـة قـد عبـأت معظم المخطـوطـات الثمينـة والنادرة والقديمـة في صنـاديق ، وأرسلتهـا إلى المخـابئ والكهوف السريـة ، من أجل الحفاظ عليها وتأمين سلامتها من الاعتداءات الطائشة من العدو الصهيوني اللئيم ، كما قامت المكتبة الظاهرية بنفس العمل ، فوضعت مخطوطات المـذهب الشافعي في صناديق مقفلة لايمكن الاطلاع عليها ، وبـذلـك استحـال الرجوع إلى المخطوطات التي أشار إليها المؤلف ، أو أحـال عليهـا ، أو اعتمـد عليهـا ، أو احتاج إليها النص .

الثانية : أن المصنف كثيراً مـا يشير إلى كتب مفقودة لايوجـد لهـا أثر في دور الكتب ، ولا في فهارس المخطوطـات الموجودة بين أيـدينـا ، وهـذا يعرقل الخطـة التي سرت عليهـا بتحقيـق الأقـوال التي وردت في كـلام المصنف ، أو تحقيق النصـوص التي أخـذهـا من غيره ، وذلـك مثـل : « التعليقـة » للقـاضي حسين ، و « التلخيص » لابن القـاص ، و « الشرح الكبير » للشيـخ أبي علي السِّنجي ، و « أدب القاضي » للإصطخري .

٥٠ ـ وأخيراً .. هـذا هـو كتـاب « **الـدرر المنظـومـات في الأقضيـة والحكومات** » ، لابن أبي الـدم ، أُقـدّمـه بين يـدي القـارئ ، وقـد سعيت أن

يكون قريباً من الكمال ، وملبياً لحاجة القارئ ، سواء أكان طالباً أو باحثاً أو عالماً أو قاضياً أو محامياً ، على أمل أن أتلقى كل تصويب ، أو وجهة نظر علمية ، أستفيد منها ، أو يستفيد منها القارئ في الطبعة الثانية ، وأضع هذا الكتاب بين يدي الفقيه والقانوني ، ليكون مثالاً وأنموذجاً لتنظيم القضاء في الإسلام .

ولا يسعني إلا أن أتقدم بوافر الشكر والتقدير إلى مجمع اللغة العربية بدمشق ، الذي تفضل بالموافقة على إصدار هذا الكتاب ونشره ، مساهمة منه بإحياء التراث الإسلامي الزاخر ، وإنقاذ المخطوطات الكثيرة ، وأبراز النواحي الحضارية في تاريخنا ، لنصل بين ماضي هذه الأمة وحاضرها ، ونرسي حجر الأساس لمستقبلها ، كما أشكر لجنة التراث في المجمع ، وأشكر جميع الأساتذة والزملاء الذين أسدوا إليّ معروفاً ومساعدة في هذا الكتاب . راجياً الله تعالى أن يقبل منا هذا العمل في خدمة الشريعة الغراء ، وأن يكون خالصاً لوجهه الكريم ، ومُدَّخراً لنا في صحيفة الأعمال ، يومَ لا ينفعُ مالٌ ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

محمد مصطفى الزحيلي

كلية الشريعة بدمشق



كتاب

أدب القضاء وهو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات

تصنيف شيخ الإسلام قاضي القضاة شهاب الدين أبي إسحاق

إبراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم بن علي بن محمد بن مالك

قيل فاتك بن محمد بن زيد بن أبي الدم

الهمداني الحموي مصنف شرح الوسيط

وغيره ولد سنة ثلاث وثمانين وخمسمائة

ولي قضاء حماه وتوفي في

جمادى الآخرة سنة اثنتين وأربعين

وستمائة رحمه الله

صورة الغلاف من نسخة دار الكتب المصرية « الأصل »

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي شهدت العقول بقدرته ووحدانيته، ووقفت دون إدراك جلاله وعظمته، الذي ابتدع المخلوقات ببديع حكمته، وصور الكائنات بلطيف صنعته، وكلف الخلائق الاعتراف بربوبيته، وأمرهم باتباع دينه وشريعته، أحمده على توالي نعمه وأشكره على توالي آلائه ومنته، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له شهادة تبوئ قائلها منازل كرامته، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله أطهر البرية مولدا، وأطيبهم محتدا، وأصلبهم معجما وأرفعهم علما، من اصطفاه الله جل جلاله من خليقته وارتضاه لنبوته ورسالته، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وعترته. وبعد

فأولى ما أعملت فيه القرائح، وعلقت به الأفكار اللوائح، وعني العالم بجمعه وتصنيفه، واجهد نفسه في ترتيبه وتأليفه، ما فيه صلاح العواقب، ونجاح المطالب، وسمو المناقب، وعلو المراتب: وهو علم فروع الشريعة من الحلال والحرام، والواجب والمندوب: وأخصها بالأولوية علم الأقضية والأحكام المتداولة بين القضاة والحكام فإن الانتداب للإصلاح بين المتحاكمين والانتصاب للظالم من المظلوم فيما جرى بين المتخاصمين من أفضل القربات وأروج الطاعات وقد كان جماعة من أصحابي المشتغلين بعلم المذهب سألوا وضع كتاب في أدب القضاء يتضمن جملة من أحكامه وآدابه وجملة من الدعاوي

والبينات

الصفحة الأولى من نسخة دار الكتب المصرية « الأصل »

بامره سقطت حضانتها ولعقد زنا بالاجنبي عنها اذا تزوجت الام بمن لاحق

الحضانة [illegible] الشهور لا وفيه وجهان تسقط ولا

حق [illegible] الحضانة للجدة ام الام فتزوجت بجد

الطفل [illegible] للعقد بينه وبين العم على الحرمين

الاب [illegible] به زوجها فلا حق للجدة على

الو [illegible] النووي [illegible] فيما لا يسقط حق الجدة برضى

الاب وقد عجزت هذه [illegible] بحول الله تعالى وقدرته ولطفه وما بقي

بعد هذا من ابواب الفقه فهو اما جنايات وما يتعلق بها او سير وما دونه

وجزيه او نحو ذلك وكل هذا مما سلف شرحوا دونه ونقل المحاكات تغنيه وما ورا

هذا من الاقضية والدعاوي والبينات والشهادات فقد ذكرنا من مسايله

ما فيه الكفاية اذ هذا الكتاب موضوع له وكان الغرض من ذكر هذه

المسايل المذهبيه ان يسهل تناولها منه على الوكيل الذي وضعه ملازمة

مجالس الحكام والانتصاب للمخاصمات في الاحكام وقلما يكون من هذا شانه

مبرزا في علم المذهب حافظا له متقنا لقواعده قادرا على الاستطلاع على

المسايل من كتب الفقه المصنفة فيه ولا سيما الشروح المطوله فاما الحاكم

العالي مرتبه في العلم المبرز فيه والفقيه الحافظ له المتقن لقواعده واصوله

وفروعه فغني عن جملة هذا الكتاب والنظر فيه فان هذا الكتاب قليل

من كثير لا يعري العالم عن الاحاطة بها والله عز وجل هو المسؤول ان ينفعنا

من الزلل ويوفقنا الصالح القول والعمل

بمنه وكرمه • وكان الفراغ من نسخه

سابع عشر شهر شوال سنه

• ست وثمانين وثمانماية •

على يد الفقير الى الله تعالى محمد بن محمد [illegible]

• غفر الله له ولوالديه ولجميع المسلمين

وصلواته على اكمل الخلق سيدنا محمد وعلى اله وصحبه وسلامه • حسبنا الله ونعم الوكيل

الصفحة الأخيرة من نسخة دار الكتب المصرية « الأصل »



صورة الغلاف من نسخة المكتبة الأهلية بباريس « نسخة ف »

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي شهدت العقول بقدمه ووحدانيته، ووقفت دون ادراك
جلاله وعظمته، الذي ابدع المخلوقات ببديع حكمته، وصور الكائنات بلطيف
صنعته، وكلف الخلائق الاعتراف بربوبيته، وامرهم باتباع دينه وشريعته
احمده على توالي نعمته، واشكره على تواتر الائه ومنته، واشهد ان لا اله
الا الله وحده لا شريك له شهادة تبوئ قائلها منازل كرامته، واشهد ان محمدا
عبده ورسوله المطهر البرية مولدا واطيبهم محتدا واصلبهم معجما وارفعهم علما اصطفاه
الله جل جلاله من خليقته، وارتضاه لنبوته ورسالته، صلى الله عليه وعلى اله صلاة
تؤتي قائلها شريف شفاعته وبعد فان اولى ما اعملت فيه القرائح، وعلقت
به الافكار اللواقح، وعني العالم بجمعه وتصنيفه، واجهد نفسه في ترتيبه وتاليفه
ما فيه صلاح العواقب، ونجاح المطالب، وسمو المناقب، وعلو المراتب، وهو علم
فروع الشريعة من الحلال والحرام والواجب والمندوب واخصها بالاولوية
علم الاقضية والاحكام المتداولة بين القضاة والحكام، فان الانتداب للاصلاح بين
المتحاكمين والانتصار للمظلوم من الظالم فيما يجري بين المتخاصمين من افضل القربات
وارفع الطاعات وقد كان جماعة من اصحابي المشتغلين على بعلم المذهب الشافعي
سالوا وضع كتاب في ادب القضاء يتضمن جملة من ادابه واحكامه ونبذة من الدعاوى
والبينات وما يجري لدى الحكام من الخصومات وطرفا من علم الشروط الموسومة بين
اهل العصر في هذا الشان واستمر سوالهم ذلك مدة سنين والموانع تمنع والاشتغال
بتنقيح المذهب وتحقيقه يشغل من ذلك ويقطع فان علم المذهب هو المرتبة العليا
وتحصيله المنية القصوى اذ هو النافع في الدنيا والاخرى وما زال سوالهم يتكرر مرة
بعد اخرى الى ان استخرت الله تعالى واستخرته واستمددته توفيقه وهدايته
واجبت سوالهم واسعفتهم طلبتهم لوجوب حقهم وتعينه وعلقت ما حضرني من
العلم من المسائل الحسنة الغريبة، والفروع المستحسنة العجيبة المذكورة في
طريقتي العراق وخراسان، والتي اعتني بجمعها من تقدم من ائمة الزمان، وما اصطلح
عليه الحكام من المراسم الشرعية، والوقائع الحكمية، جملا كثيرة وفوائد غزيرة

صورة الصفحة الأولى من نسخة المكتبة الأهلية بباريس « نسخة ف »

منه على الوكيل وصفة ملازمة مجالس الحكام والانتصاب للمخاصمات في
الأحكام وكلما يكون من هذا مرتباً في علم المذهب حافظاً له متقناً
لقواعده قادراً على الاستطلاع على المسائل من كتب الفقه المصنفة
فيه ولاسيما الشروح المطولة فأما الحاكم العالي المرتبة في العلم
المهر فيه والفقيه الحافظ المتقن لقواعده في أصوله وفروعه
فغني عن جملة هذا الكتاب والنظر فيه فإن هذا الكتاب
قليل من كثير لا يروي العالم من الإحاطة بها
والله تعالى هو المسؤول أن يعصمنا من الزلل
ويوفقنا لصالح القول والعمل بمنه
وكرمه وكان الفراغ من
تعليقه في اليوم المبارك نهار
السبت عاشر شهر شوال
المبارك سنة اثنتين
وخمسين وثمان
مائة حسبنا
الله ونعم
الوكيل
كثيرا
تم

صورة الصفحة الأخيرة من نسخة المكتبة الأهلية بباريس « نسخة ف »

بسمِ اللهِ الرّحمَنِ الرّحيم

[مقدمة المؤلف] :

١ ـ الحمدُ لله الذي شهدت العقولُ بِقدَمِه ووحدانيته ، ووقفتْ دون إدراك جلاله وعظمته ، الذي ابتدع المخلوقات ببديع حكمته ، وصور الكائنات بلطيف صنعته ، وكلَّفَ الخلائق الاعتراف بربوبيته ، وأمرهم باتباع دينه وشريعته ، أحمده على توالي نعمته ، وأشكره على تَواتر آلائه (ومِنَّتِه)[1] ، وأشهدُ أن لا إله إلا الله وحده لا شريكَ له ، شهادة تبوئ قائلها منازل كرامته ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، أطهر البرية مؤلداً ، وأطيبهم محتداً[2] ، وأصلبهم معجماً[3] ، وأرفعهم علماً ، من اصطفاه الله جل جلاله من خليقته ، وارتضاه لنبوته ورسالته ، صلى الله عليه وعلى آله (وأصحابه وعترته)[4] صلاة تؤتي قائلها شريفَ شفاعته .

٢ ـ وبعد : فإنَّ أَوْلى ما أعمِلت فيه القرائح ، وعَلِقَت به الأفكار اللواقح ،

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وصفته .

(٢) المحتِد : الأصل والطبع ، والخالص الأصل ، من حتِد حتدا كان خالص الأصل فهو حتِد ، (القاموس المحيط : ٢٨٦/١ ، المنجد : ١١٧) .

(٣) مَعْجَمًا : رجل صلب المعجم كمقعد : أي شديد عند الاختبار والتجربة ، أو شديد النفس (القاموس المحيط : ١٤٧/٤) .

(٤) مابين القوسين زيادة من نسخة ف .

وعُني العالم بجمعه وتصنيفه ، وأجهدَ نفسه في ترتيبه وتأليفه ما فيه صلاحُ العواقب ، ونجاحُ المطالبِ ، وسموُّ المناقبِ ، وعلوُّ المراتبِ ، وهو علم فروع الشريعة : من الحلال والحرام ، والواجب والمندوب ، وأخصُّها بالأولويةِ علمُ الأقضية[1] ، والأحكام المتداولة بين القضاة والحكام ، فإنَّ الانتدابَ للإصلاح بين المتحاكمين ، والانتصارَ للمظلوم من الظالم فيما يجري بين المتخاصمين ، من أفضلِ القربات ، وأرفع الطاعات .

٣ ـ وقد كان جماعةٌ من أصحابي المشتغلين عليّ بعلم المذهب الشافعي سألوا وضعَ كتاب في أدب القضاء ، يتضمن جملةً من آدابه وأحكامه ، ونبذة من الدعاوي والبينات وما يجري لدى الحكام من الخصومات ، وطرفاً من علم الشروط[2] المرْسومة بين علماء العصر في هذا الشأن ، واستمر سؤالُهم ذلك مدةَ سنين ، والموانعُ تمنع ، والاشتغالُ بتنقيح المذهبِ وتحقيقه يشغل عن ذلك ويقطع ، وإنَّ علم المذهب هو المرتبة العليا ، وتحصيلُه المنيْةُ القصوى ، إذ هو النافعُ في الدنيا والأخرى ، وما زالَ سؤالُهم يتكرر مرةً بعد أخرى ، إلى أنْ استعنت اللهَ تعالى واستخرته ، واستمددته توفيقَه وهدايتَه ، وأجبتُ سؤالَهم ، (وأسعفتُ)[3] طِلْبَتَهم ، لوجوب حقهم وتعينه ، وعلقتُ ما حضرني من هذا العلم من المسائل الحسنة الغريبة ، والفروعِ المسْتَحْسنةِ العجيبة ، المذكورةِ في

(١) علم القضاء : هو علم باحث عن آداب تختص بالقضاة ، وقد اعتنى العلماء بشأن القضاة فأفردوا آداب القضاء في تصنيف مستقل ، (مفتاح السعادة : ٦٠٠/٢) .

(٢) علم الشروط هو من فروع الفقه ، وهو علم يبحث فيه عن إنشاء الكلمات المتعلقة بالأحكام الشرعية ، وعن كيفية سوق الأحكام الشرعية المتعلقة بالمعاملات في الرقاع والدفاتر ليحتج بها عند الحاجة ، (انظر مفتاح السعادة : ٦٠٠/٢ ، كشاف اصطلاحات الفنون : ٧٥٢/٣ وما بعدها) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وأسعفتهم .

طريقتي العراق وخُراسان[1] (التي)[2] اعتنى بجمعها من تقدم من أئمة الزمان ، (وذكرت مما)[3] اصْطلح عليه الحكامُ من المراسِم الشرعية ، والوقائعِ الحكميةِ ، جملاً كثيرةً وفوائدَ غزيرةً [٢ / أ] ينتفع بها الحكامُ وتابعوهم من الكتابِ والوكلاء ، والمتداعِيَيْنِ المتناظريْن ، ثم أتْبعت ذلك (ذكر)[4] أنْموذجاتٍ في علم كتابة الشروط على مصطلح بلادنا وزماننا ، مع موافقته لاصطلاحِ مَنْ تقدم في المعنى ، وفي كثير[5] من الألفاظ ، إلا في الألفاظ القليلة [التي][6] يَسْتدل الكاتبُ المتيقظُ بها على ما سواها ، ويتعرَّفُ بها ما عداها ، قضاءً لحقهم إذ هم أجلُ الأصحاب ، ورجاءً من الله جل جلاله جزيل الأجر والثواب .

هذا ، مع أن هذا العلم هو على الحقيقة (كالعُلاوة في)[7] بقية علم المذهب وغيره ، والله تعالى يَعْصِمَنا[8] من الزللِ ، ويوفقنا[9] للصوابِ في القول والعمل ، بمنّه وكرمِه .

---

(١) انقسم علماء الشافعية في أسلوب البحث والاجتهاد والتفريع في القرن الرابع والخامس الهجريين إلى طريقتين ، طريقة العراق بزعامة أبي حامد ، أحمد بن محمد بن أحمد ، الاسفرايني (ت ٤٠٦ هـ) ، وطريقة خراسان أو المراوزة بزعامة الامام أبي بكر ، عبد الله بن أحمد بن عبد الله ، المعروف بالقفال المروزي (ت ٤١٧ هـ) ، وتلميذه القاضي حسين بن محمد بن أحمد المروروزي (ت ٤٦٢ هـ) ، وكان علماء خراسان إذا أطلقوا مذهب الحديث أرادوا به مذهب الشافعية ، ثم جاء الشيخ أبو علي ، الحسين بن شعيب بن محمد السنجي (ت ٤٣٠ هـ) ، من تلاميذ القفال وجمع بين طريقتي العراق وخراسان .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : والتي .

(٣) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وفي الأصل : ومما اصطلح ، وفي هامش الأصل : ذكرت . صح .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بذكر .

(٥) في نسخة ب زيادة : وذكرت من كثير .

(٦) اللفظ ساقط من الأصل ، ومن نسخة ف .

(٧) عُلاوة الشيء : بالضم أرفعه ، وعلم القضاء من أجل العلوم قدراً وأعزها مكاناً وأشرفها ذكرا ، وفي الأصل كالغلاوة على ، وما أثبته في الأعلى من نسخة ف .

(٨) في نسخة ف : يعصم .

(٩) في نسخة ف : يوفق .

[خطة الكتاب] :

٤ ـ وهو مرتبٌ على ستةِ أبوابٍ ، كلُّ باب منها يتضمن فصولاً[١].

الباب الأول : في صفة القضاء .

الباب الثاني : فيما يجبُ على الحاكم في الخصوم والشهود[٢].

الباب الثالث : في الدعاوي والبينات ومجامع الخصومات .

الباب الرابع : في الشهادات .

الباب الخامس : في إنهاء ما جرى عند الحاكم المتنازَعِ[٣] لديه إلى قاض آخر .

الباب السادس : في الشروط المكتتبة من المحاضر والسجلات والكتب الحكمية ، وكتب الابتياعات والوثائق والإجارات وغير ذلك .

☆ ☆ ☆

(١) في الأصل : فصولاً فيه .

(٢) في نسخة ف : فيما يجب على الحاكم والشهود والخصوم ، وما في الأصل أصح لأن هذا الباب للحديث عن واجبات الحاكم في الشهود والخصوم .

(٣) في نسخة ف : المنازع .

البابُ الأوّل
في
صفة القضاء
وفيه أربعة فصول

الفصلُ الأول

فيما ورد فيه من الآيات والنصوص والآثار في التّرغيب فيه والنهي عنه ، واختلاف العلماء في إجابة من يصح تقليده القضاءَ إذا دُعِيَ إليه ، وامتناعِه عنه ، أيهما أوْلى ؟

[الترغيب في القضاء] :

٥ ـ القضاء تِلْوُ[1] النبوة ، وخلق الله تعالى الخلق ، وكلّفهم الأخذ بالشرائع ، وابتعث[2] رسله صلوات الله وسلامه عليهم قضاةً ؛ ليحكموا بينهم ، قال الله تعالى : ﴿ كانَ النَّاسُ أُمّةً وَاحِدَةً فبَعَثَ اللهُ النبيّينَ مُبَشّرِينَ ومُنْذِرينَ ، وأَنْزَلَ مَعَهُمُ الكِتابَ بالحقّ ، ليَحْكُمَ بينَ النَّاسِ فيما اختَلَفُوا

---

(١) التلو : ما يتلو الشيء ، والتِّلْوَ : التابع ، ورجل تلو كعدو لا يزال متبعاً ، والتلو الرفيع ، (القاموس المحيط : ٣٠٦/٤) .

(٢) في نسخة ف : وبعث .

فيه ﴾[1]، وقال تعالى لرسوله محمد المصطفى ﷺ : ﴿ وأن احْكُمْ بيْنهمْ [بما أنزلَ اللهُ][2] ﴾[3]، وقال تعالى : ﴿ فاحْكُمْ بيْنهم بما أنزلَ الله ﴾[4]، وقال تعالى : ﴿ يا داودُ إنّا جَعَلْناكَ خَليفةً في الأَرْضِ فاحْكُمْ بيْنَ النّاسِ بالحَقّ ولا تَتَّبِعِ الهَوَى ﴾[5]، وذمَّ قوماً عِلى امتناعهم من إجابة[6] داعي الحاكم إلى مجلس حكْمه ، فقال تعالى : ﴿ وإذا دُعُوا إلى اللهِ ورَسُولِهِ ليحْكُمَ بَيْنَهم إذا فَرِيقٌ مِنْهم مُعْرِضُونَ ﴾[7]، ومدح آخرين على إتيانهم إليه[8]، مُذْعنين إليه[9]، مُنْقادين لرسلِ القضاةِ ، قائلين سمعاً وطاعة ، إذا دعاهم القاضي إلى إتيان[10] مجلس حكمه وقضائه[11]، فقال تعالى : ﴿ إنَّما كانَ قَوْلَ المؤمنين إذا دُعُوا إلى اللهِ ورَسُولِهِ ليحْكُمَ بَيْنهم أنْ يقولوا سَمِعْنا وأَطَعْنا ﴾ الآية[12]، فاسْتحب بعض أصحابنا من ههنا أن يقول من دعاه القاضي : سمعاً وطاعة ، وقال [ب / ٢] عليه السلام : « إذا اجتهدَ الحاكم فأصابَ فله أجْران ، وإن أخْطأَ فلهُ أجرٌ واحدٌ »[13]، وإنما أوجر على اجتهاده وبَذْل وسْعِه ، لا على خطئه ، وقال عليه

---

(١) سورة البقرة / ٢١٣ .

(٢) مابين القوسين بياض في الأصل .

(٣) سورة المائدة / ٤٩ .

(٤) سورة المائدة / ٤٨ .

(٥) سورة ص / ٢٦ .

(٦) في هامش الأصل : قف على ذم من امتنع عن اجابة داعي . قال الزمخشري : « منعه الشيء ومنع منه وعنه وامتنع منه » ، (أساس البلاغة : ٩١٧) .

(٧) سورة النور / ٤٨ .

(٨) في نسخة ف : إليهم .

(٩) نقص لفظ « إليه » في نسخة ف .

(١٠) نقص لفظ « إتيان » في نسخة ف .

(١١) نقص لفظ « وقضائه » في نسخة ف .

(١٢) سورة النور / ٥١ ، وتمام الآية : ﴿ وأولئك هم المفلحون ﴾ .

(١٣) رواه البخاري ومسلم وأبو داود وابن ماجه والشافعي عن عمرو بن العاص ، ورواه الترمذي والنسائي عن =

السلام : « القضاةُ ثلاثةٌ : اثنانِ في النار ، وواحِدٌ في الجنّةِ ، قاضٍ عَرَفَ الحقَ فقضىَ به فهُوَ في الجنّـةِ ، وقاضٍ قضىَ بجهْلٍ فهو في النـار ، وقاضٍ عرفَ الحق فجـارَ فهـو في النـار »[1] ، وقـال عليـه السـلام لـمُعـاذٍ[2] ، حين بعثـه إلى اليمن : « كيْفَ تقْضي إنْ عرَضَ لكَ قضاءٌ ؟ قالَ : أقْضي بكتـابِ الله ، قـال : فـانْ لمْ تجـدْ ؟ قـال : (فبسُنَّـةِ)[3] رسول الله ، قـال : فـإنْ لم يكْن ؟ قـال : اجتهـدُ رأيي ، ولا آلو[4] ، فضربَ صَـدْرَهُ وقـالَ : الحمـدُ للهِ الـذي وَفَّـقَ رسـولَ (رَسـولِ الله)[5] لما يُرضيه »[6] ، وممـا ورد من السنـة في الترغيب في القضـاء قولـهُ عليـه

= أبي هريرة ، واللفظ عند الجميع « إذا حكم الحاكم فاجتهد » ورواه الحاكم عن عمرو بلفظ « إن أصبت فلك عشرة أجور » (انظر : صحيح البخاري بحاشية السندي : ٤ / ١٨١ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ١٣/١٢ ، سنن أبي داود : ٢٦٨/٢ ، سنن النسـائي : ١٩٧/٤ ، تحفـة الأحـوذي : ٥٥٥/٤ ، سنن ابن مـاجـه : ٧٧٦/٢ ، بـدائـع المنن : ٢٣١/٢ ، المستـدرك : ٨٨/٤) .

(١) رواه أبو داود وقال : هذا أصح شيء فيه ، (سنن أبي داود : ٢٦٨/٢) ، وابن ماجه واللفظ له ، (سنن ابن ماجه : ٧٧٦/٢) ، والحاكم في (المستدرك : ٩٠/٤) وقال : صحيح الاسناد ولم يخرجاه ، وله شاهد بـإسنـاد صحيح على شرط مسلم ، وزاد فيه : قالوا فما ذنب هذا الذي يجهل ؟ قال : ذنبه أن لا يكون قاضيا حتى يعلم ، وذكر الصنعاني في (سبل السلام : ١١٥/٤) ، وابن حجر في (التلخيص الحبير : ١٨٥/٤) أنه رواه الأربعة ، بينما اقتصر الشوكاني في (نيل الأوطار : ٢٧٣/٨) ، والزيلعي في (نصب الراية : ٤ ص٦٥) : على رواية أبي داود وابن مـاجـه والحـاكم ، ولم أجـد في كتاب الأقضية في سنن الترمذي والنسائي شيئاً من ذلك .

(٢) معـاذ بن جبل ، أبو عبـد الرحمن ، الصحـابي الأنصـاري الخزرجي ، الإمـام المقـدم في علم الحلال والحرام ، وروى عن النبي ﷺ أحاديث ، روى عنه عدد من الصحابـة وكبـار التـابعين ، وشهـد بـدراً وهو ابن إحـدى وعشرين سنة ، وأمَّرَهُ النبي ﷺ على اليمن قاضياً ووالياً ، ودعا له النبي ﷺ عند ذلك ، وعده أنس بن مـالـك فيمن جمع القرآن على عهد النبي ﷺ ، وشهد العقبة وبدراً والمشاهد كلهـا ، وكانت وفـاتـه بـالطـاعون في الشـام سنـة سبع عشرة أو التي بعدها ، وعاش أربعا وثلاثين سنة ، (انظر : الإصابة : ١٠٦/٦ ، الاستيعاب : ١٤٠٢/٣) .

(٣) من نسخة ف ، وهو المتفق مع لفظ أبي داود والترمذي ، وفي نسخة الأصل : بسنة .

(٤) لا آلو : لا أقصر ولا أترك الجهد ، (النهاية في غريب الحديث : ٦٣/١) .

(٥) مابين القوسين من نسخة ف وهو الموافق لنص أبي داود والترمذي ، وفي الأصل : رسوله .

(٦) رواه أبـو داود في سننـه (٢٧٢/٢) ، ورواه الترمـذي : (٥٥٦/٤) ، وقـال ليس إسنـاده عنـدي بمتصـل ، وانظر تفصيل ذلك في (مختصر سنن أبي داود للمنذري ومعه تهـذيب ابن القيم لـه : ٢١٢/٥ ، ونصب الرايـة : ٦٣/٤) ، =

السلام : « لَيَوْمٌ واحدٌ من إمامٍ عادلٍ أفضْلُ ، أو خيرٌ ، من عبادةِ ستين سنةً ، وحدٌّ يُقامُ في أرْضٍ بحَقه أزْكى منْ مطر أربعين خريفاً »[1]، وقال عليه السلام : « سَبْعةٌ يُظلُّهم الله في ظلّه يومَ لا ظلَّ إلا ظلُّهُ ، وذكر منهم : إماماً عادلاً »[2]، وقال عليه السلام : « لا حَسَدَ إلا في اثنتين : رَجلٌ آتاه الله مالاً فسلَّطه على هَلكته بالحقّ ، ورجلٌ آتاه الله الحكمَةَ فعلَّمها النَّاسَ ، وقضى بها بين النَّاسِ »[3]، وقال عليه السلام : « ما منْ رَجلٍ يَحْكُمُ إلا وَكّلَ الله تعالى به مَلَكَيْنِ ، يُسَدِّدانِه ويُرْشِدانه ويُوَفقانه ، فإنْ خانَ تركاهُ وَعرَجا إلى السماء »[4]، وقال ابن

= وقال ابن حجر في (التلخيص : ١٨٢/٤) : رواه أحمد وابن عدي والطبراني والبيهقي ، وروى النسائي عن عبد الله بن مسعود مثل حديث معاذ ، (سنن النسائي : ٢٠٣/٨) ، وانظر : كتاب الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام ، للقرافي : ص٣٤ .

(١) رواه اسحاق بن راهويه في مسنده والطبراني في الكبير والأوسط ، وأبو عبيد في الأموال ، (انظر : نصب الراية : ٦٧/٤ ، الأموال : ١٣) .

(٢) رواه البخاري ومسلم والنسائي وأحمد عن أبي هريرة ، ورواه مالك والترمذي عن أبي هريرة وأبي سعيد ، ورواه مسلم عن أبي سعيد أيضاً ، وبقية الحديث كما في البخاري ومسلم : « الإمام العادل ، وشاب نشأ في عبادة الله ، ورجل قلبه معلق في المساجد ، ورجلان تحابا في الله اجتمعا عليه وتفرقا عليه ، ورجل دعته امرأة ذات منصب وجمال فقال : إني أخاف الله ، ورجل تصدق بصدقة فأخفاها حتى لا تعلم شماله ما تنفق يمينه ، ورجل ذكر الله خالياً ففاضت عيناه » ، (انظر : صحيح البخاري بحاشية السندي : ١٧٠/١ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ١٢٠/٧ ، سنن النسائي : ١٩٦/٨ ، الفتح الكبير : ١٥٣/٢ ، تحفة الأحوذي بشرح الترمذي : ٦٧/٧) .

(٣) رواه البخاري ومسلم وابن ماجه والبيهقي عن عبد الله بن مسعود بلفظ « فهو يقضي بها ويعلمها » (انظر : صحيح البخاري بحاشية السندي : ١٦/١ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ٩٨/٦ ، سنن ابن ماجه : ١٤٠٨/٢ ، السنن الكبرى : ٨٨/١٠) .

(٤) أخرجه البيهقي عن ابن عباس بلفظ « إذا جلس الحاكم في مكانه هبط عليه ملكان يسددانه ويوفقانه ويرشدانه مالم يجر ، فإذا جار عرجا وتركاه » إسناده ضعيف ، وقال صالح جزرة : هذا ليس له أصل ، (انظر : نيل الأوطار : ٢٧٢/٨ ، التلخيص الحبير : ١٨١/٤) ، ورواه الطبراني في الكبير ، (مجمع الزوائد : ١٩٤/٤) ، وروى الحاكم وابن ماجه والترمذي عن عبد الله بن أبي أوفى : « إن الله مع القاضي مالم يجر ، فإذا جار تبرأ الله عز وجل منه ، وفي رواية : فإذا جار تخلى الله عنه ولزمه الشيطان » (المستدرك : ٩٣/٤ ، نيل الأوطار : ٢٦٩/٨ ، تحفة الأحوذي : ٥٦/٤) ، ورواه مالك عن ابن عمر ، (الموطأ : ٤٤٨) .

مسعود[1]: لأنْ أجلسْ فأقضي بينَ النّاس بحقٍ واجبٍ أحَبُ إليّ من عبادة سَبعين سنةً[2].

[الترهيب من القضاء] :

٦ ـ فهذه سنن وآثار دلت على الترغيب في القضاء ، وقد وَرَد من السنة ما يستحثُ على الزُهدِ فيه ، والرغبةِ عنه ، رُويَ عن رسولِ الله ﷺ أنه قال : « مَنْ جُعِلَ قاضياً فقد ذُبِحَ بغيرِ سكينٍ »[3]، وفي رواية « مَنُ وليّ القضاء » (وقيل في جوابه)[4] معنيان : أحدهما أنه بتوليته يصير كالمذبوح ، لأنَّه يحتاج إلى أنْ يُميتَ شهواته ، ويُكْسِرَ نفسَه ، ويَقْهَرَها ويمنَعها عن التبسُّط ومخالطَة الناس ، وقيل : معناه أنه وقع في أمرٍ عظيم يصعب عليه الوفاء بشروطه ، ومن العلماء من جعل هذا الحديث دالاً على الترغيب في القضاء ، زاعماً أنه يدل على أجر عظيم ، مقابلٍ لما يعانيه من أمور القضاء ونَصَبه ، تشبيها له بالذبح بغير سكين ، فإنه مبالغةٌ في وصف المذبوح بأبلغ درجات الألم ، وروي عنه عليه السلام أنه قال : « يأتي على القاضي يومٌ يودُّ أنْ لم يَقْضِ بينَ اثنين

---

(١) عبد الله بن مسعود ، أبو عبد الرحمن ، أحد السابقين الأولين للإسلام ، هاجر الهجرتين وشهد بدراً والمشاهد بعدها ، ولازم النبي ﷺ وحدث عنه ٨٤٨ حديثاً ، قال : لقد رأيتني سادس ستة وما على الأرض مسلم غيرنا ، وهو أول من جهر بالقرآن بمكة ، بعثه عمر على الكوفة ليعلمهم أمور دينهم ، وأمّره عثمان عليها ثم عزله ، مات سنة ٣٢ هـ ، وله ستون سنة . (انظر : الإصابة : ١٢٩/٤ ، تذكرة الحفاظ : ١٣/١ ، خلاصة : ٩٩/٢ ، البداية والنهاية : ١٦٢/٧ ، الاستيعاب : ٩٨٦/٣ ، تهذيب الأسماء : ٢٨٨/١) .

(٢) رفعه الحجاج بن أرطاة إلى ابن مسعود منقطعا ، وإنما يروى عن مسروق ، (انظر السنن الكبرى : ٨٩/١٠) .

(٣) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد والحاكم وصححه الذهبي عن أبي هريرة ، (انظر : سنن أبي داود : ٢٦٨/٢ ، تحفة الأحوذي : ٥٥٥/٤ ، سنن ابن ماجه : ٧٧٤/٢ ، المستدرك : ٩١/٤ ، نيل الأوطار : ٢٦٩/٨ ، نصب الراية : ٦٤/٤ ، التلخيص الحبير : ١٨٤/٤ ، سبل السلام : ١١٦/٤) ، وذكر الصنعاني وابن حجر أن الحديث رواه النسائي وصححه ابن حبان وابن خزيمة .

(٤) مابين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : قيل فيه .

في تمرة »[1]، وقال عليه السلام : « ما مِنْ حاكمٍ يَحْكُمُ بين النَّاس إلا وُكِّلَ به ملكٌ آخِذٌ بقفاه ، حتى يقفَ به على شفيرِ جهنم ، فيرْفعُ رأسَه إلى السماء ، فإن أُمِرَ أنْ يقذفَه فيهوي فيها أربعين خريفاً »[2].

فهذه الأحاديث بجملتها ، بعضها مرغّبٌ ، وبعضها مرهّب ، والمرغِّبُ منها محمول على الصالح للقضاء [٣/أ] المطيق لحملِ عبئِه ، والقيام بواجبه ، والمرهِّبُ منها محمولٌ على العاجز عنه ، وعلى ذلك يحمل دخول من دَخل فيه من العلماء ، وامتناع من امتنع عنه ، فقد تقلَّده بعدَ المصطفى صلواتُ الله عليه وسلامهُ الخلفاءُ الراشدون[3] ، ساداتُ الإسلام ، وقَضَوْا بين الناس بالحقِّ ، ودخولهم فيه (أولُ)[4] دليل على علو قَدْره ، ووفورِ أجره ، فإن مَنْ بَعْدَهم تَبَعٌ لهم ، ووليه بعدَهم أئمةُ المسلمين من أكابرِ التابعين وتابعيهم .

[الامتناع عن القضاء]:

٧ ـ ومن كره الدخول فيه من الأئمة مع فضلهم وصلاحيتهم وصلاحهم فهو محمول على مُبالغة في حفظ أنفسهم ، وسلوكٍ لطريق السلامة ، فإنَّ الأمر فيه

---

(١) رواه أحمد باسناد حسن والبيهقي والطبراني في الأوسط والعقيلي وابن حبان في صحيحه عن عائشة رضي الله عنها ، وفيه : « أنه لم يقض بين اثنين في عمره » (انظر : نصب الراية : ٦٥/٤ ، مجمع الزوائد : ١٩٢/٤ ، نيل الأوطار : ٢٦٩/٨ ـ ٢٧٠ ، التلخيص الحبير : ١٨٤/٤ ، الفتح الكبير : ٣ / ٥٣ ، سبل السلام : ١٢٢/٤) .

(٢) رواه ابن ماجه وأحمد عن عبد الله بن مسعود بمعناه ، ورواه البيهقي في شعب الإيمان والبزار ، وفيه مجالد بن سعيد ، وثقه النسائي وضعفه جماعة ، وقد ورد في معناه أحاديث صحيحة كثيرة ، (انظر : سنن ابن ماجه : ٧٧٥/٢ ، نيل الأوطار : ٢٦٩/٨ ، مجمع الزوائد : ١٩٣/٤) .

(٣) وهم الخلفاء الراشدون السابقون إلى الإسلام والمبشرون بالجنة ، وهم أبو بكر الصديق عبد الله بن عثمان بن عامر ، القرشي التيمي ، خليفة الله ﷺ ، المتوفى سنة ١٣ هـ ، وعمر بن الخطاب ، أبو حفص العدوي ، أمير المؤمنين الفاروق ثاني الخلفاء الراشدين ، المتوفى سنة ٢٣ هـ ، وعثمان بن عفان ثالث الخلفاء الراشدين المتوفى سنة ٣٥ هـ ، وعلي بن أبي طالب ، كرم الله وجهه ، ابن عم رسول الله ﷺ وزوج ابنته فاطمة الزهراء ، المتوفى سنة ٤٠ هـ ، (انظر : الاصابة : ١٠١/٤ ، ٢٧٩ ، ٢٢٣ ، ٢٦٩ ، الاستيعاب : ١٠٣٧/٣ ، ١١٤٤ ، ١٠٨٩) .

(٤) اللفظة من نسخة ف ، وفي الأصل : أولي .

(خطيرٌ)[1] على خطره ، ولعلّهم رأوا من أنفسهم ضَعفاً أو فُتوراً ، أو خافوا من الاشتغال به (الإقلالَ من أوْرادهم)[2] ووظائفهم من العبادات وتحصيل العلوم .

وممن امتنع منْ توليةِ القضاء ، وكره الدخولَ فيه بعد أنْ طُلِبَ له ، إمامُنا الشافعي رضي الله عنه[3] ، رَوَى القاضي أبو الطيب الطبري[4] أن المأمون[5] كتب إلى الشافعيِّ يستدعيه ليوليَه القضاء في الشرق والغرب فأبى ، ودعا بالمزني[6] في مرض موته ونهاهُ عن تَولي القضاء ، وأظهر له كتابَ

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : خطر .

(٢) في نسخة ف : الإخلال بأورادهم .

(٣) الإمام أبو عبد الله ، محمد بن ادريس ، الشافعي القرشي المطلبي ، إمام المذهب الشافعي ، كان كثير المناقب ، اجتمعت فيه العلوم من كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ وكلام الصحابة وآثارهم واختلاف العلماء ، وغير ذلك من معرفة كلام العرب واللغة العربية والشعر ، حفظ القرآن الكريم والموطأ صغيراً ، وأُذن له بالإفتاء وهو ابن خمس عشرة سنة ، قال الإمام أحمد : ما أحد ممن بيده محبرة أوورق إلا وللشافعي في رقبته منة ، روى عنه مسلم وأصحاب السنن الأربعة ، ومن تصانيفه الأم والرسالة والحجة ، ولد بغزة سنة ١٥٠ هـ ، وتوفي بمصر سنة ٢٠٤ هـ ، (انظر : وفيات الأعيان : ٣٠٥/٣ ، طبقات الشافعية الكبرى : ١٩٣/١ ، تذكرة الحفاظ : ٣٦١/١ ، تهذيب الأسماء : ٤٤/١ ، حسن المحاضرة : ٣٠٢/١ ، الشافعي ، لاستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ، الإمام الشافعي ، عبد الحليم الجندي) .

(٤) القاضي أبو الطيب ، طاهر بن عبد الله بن طاهر بن عمر الطبري ، كان إماماً جليلاً بحراً غواصاً ، أحد حملة المذهب الشافعي ، تفرد في زمانه ، وعنه أخذ العراقيون العلم ، وحملوا المذهب ، وإذا أُطلق أبو اسحاق الشيرازي والعراقيون لفظَ القاضي فإياه يعنون ، بينما يطلق الخراسانيون لفظ القاضي على القاضي حسين ، ولي الطبري القضاء بالكَرْخ ، وشرح مختصر المزني ؛ وصنف في الخلاف والأصول والجدل ، ولد بآمل طبرستان سنة ٣٤٨ هـ ، وتوفي سنة ٤٥٠ هـ ، عن مائة وسنتين ولم يختل عقله ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ١٢/٥ ، وفيات الأعيان : ١٩٢/٢ ، طبقات الفقهاء : ١٢٧ ، البداية والنهاية : ٧٩/١٢ ، تهذيب الأسماء : ٢٤٧/٢) .

(٥) المأمون أبو العباس ، عبد الله بن الرشيد بن المهدي ، ولد سنة ١٧٠ هـ ، سمع الحديث من أبيه ، وبرع في الفقه والعربية وأيام الناس ، ولما كبر عني بالفلسفة فجره ذلك إلى القول بخلق القرآن ، استقل بالخلافة بعد قتل أخيه الأمين سنة ١٩٨ هـ ، وكان أفضل رجال بني العباس حزماً وعزماً وحلماً ورأياً ودهاء وهيبة وشجاعة ، توفي أثناء ذهابه للجهاد مع الروم ، ودفن بطرسوس سنة ٢١٨ هـ ، (انظر : تاريخ الخلفاء : ٣٠٦ ، فوات الوفيات : ٥٠١/١ ، البداية والنهاية : ٢٧٤/١٠) .

(٦) أبو ابراهيم ، اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل بن عمرو بن اسحاق المزني ، صاحب الإمام الشافعي ، ولد سنة =

المأمون ، وقال : إني لم أُظْهِرْهُ لأحدٍ غيرَك .

ومنهم سفيانُ الثوْريُّ[1] ، وأبو حنيفةَ[2] رضي الله عنهما ، رَوَى القاضي أبو الطيب أنَّ المنصور[3] استدعاهما وشُرَيْكاً[4] فهرب سفيان من الطريق ، وأحضرَ أبا حنيفة وشُرَيْكاً فعرضَ على أبي حنيفة القضاءَ فامتنع ، وقال أنا لا أصلح له ، وعرض على شريك ، فاعتذر بعلل فأزاحها ، وقلَّده القضاءَ ، وروى أبو

= ١٧٥ هـ ، وكان زاهداً عالماً مجتهداً ، قال الشافعي : المزني ناصر مذهبي ، صنف كتبا كثيرة منها الجامع الكبير والصغير والمختصر والمنثور والترغيب في العلم وكتاب الوثائق ، توفي سنة ٢٦٤ هـ ، ودفن بالقرب من تربة الإمام الشافعي بمقطم بمصر ، (انظر : تهذيب الأسماء : ٢٨٥/٢ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٩٣/٢ ، وفيات الأعيان : ١٩٧/١ ، الانتقاء : ١١٠ ، عجالة المبتدي وفضالة المنتهى في النسب : ١١٣) .

(١) أبو عبد الله ، سفيان بن سعيد بن مسروق ، الثوري الكوفي ، أمير المؤمنين في الحديث ، أجمع الناس على دينه وورعه وزهده ، وهو أحد الأئمة المجتهدين ، عين على قضاء الكوفة فامتنع واختفى ، وروى عنه أصحاب الكتب الستة ، ولد سنة ٩٥ هـ ، وتوفي بالبصرة سنة١٦١ هـ ، (انظر : وفيات الأعيان : ١٢٧/٢ ، تذكرة الحفاظ : ٢٠٣/١ ، عجالة المبتدي : ٣٦ ، البداية والنهاية : ١٣٤/١٠ ، خلاصة تذهيب تهذيب الكمال : ٣٩٦/١ ، التاج المكلل : ٥٠) .

(٢) الإمام أبو حنيفة ، النعمان بن ثابت بن زوطي التيمي الكوفي ، أحد الإئمة المجتهدين ، ولد سنة ٨٠ هـ ، وأدرك أربعة من الصحابة ، أخذ الفقه عن حماد ، وكان عالماً عاملاً زاهداً ، كثير الخشوع ، قال الشافعي : الناس عيال في الفقه على أبي حنيفة ، روى له النسائي ، توفي سنة ١٥٠ هـ في بغداد ، وقبره فيها مشهور . (انظر : وفيات الأعيان : ٣٩/٥ ، تذكرة الحفاظ : ١٦٨/١ ، مفتاح السعادة : ١٩٢/٢ ، البداية والنهاية : ١٠٧/١٠ ، تهذيب الأسماء : ٢١٦/٢ ، الطبقات السنية في تراجم الحنفية : ٨٦/١ ، خلاصة : ٩٥/٣ ، التاج المكلل : ١٣٦ ، أبو حنيفة ، أبو زهرة ، الإمام أبو حنيفة ، الجندي) .

(٣) أبو جعفر ، عبد الله بن محمد بن علي بن عبد الله بن عباس ، ثاني خلفاء بني العباس ، ولد سنة ٩٥ هـ ، وبويع بالخلافة سنة ١٣٧ هـ ، وكان مهيباً شجاعاً حازماً كامل العقل ، يشارك في العلم والأدب والفقه ، بنى مدينة بغداد ، وتوفي أثناء ذهابه للحج سنة ١٥٨ هـ ، (انظر : تاريخ الخلفاء : ٢٥٩ ، البداية والنهاية : ١٢١/١٠ ، فوات الوفيات : ٤٨٨/١ ، تهذيب الأسماء : ٢٠٣/٢) .

(٤) القاضي شريك بن عبد الله بن أبي شريك النخعي ، تولى القضاء بالكوفة أيام المهدي ثم عزله الهادي ، وكان عالماً فقيهاً فطناً محدثاً ذكياً فهما عادلاً في قضائه ، كثير الصواب ، حاضر الجواب ، ولد ببخارى سنة ٩٥ هـ ، استشهد به البخاري ، وخرج له مسلم متابعة وأصحاب السنن الأربعة ، وثقه يحيى بن معين ، توفي سنة ١٧٧ هـ . (انظر : وفيات الأعيان : ١٦٩/٢ ، تذكرة الحفاظ : ٢٣٢/١ ، خلاصة : ٤٤٨/١ ، البداية والنهاية : ١٧١/١٠ ، إعجام الأعلام ، محمود مصطفى : ١٣٥) .

جعفر محمد بن جرير الطبري[١] في تاريخه الكبير[٢] ، وأبو نُعَيْمٍ الأصفهانيّ[٣] في « حليته » ، والخطيب الحافظ أبو بكر البغدادي[٤] في « تاريخ بغداد »[٥] أن المنصور طلب أبا حنيفة للقضاء فأبى ، فحلف المنصور ليفعلنّ ، وحلف أبو حنيفة إنه لا يَفعل ، فقال له الربيعُ[٦] : يحلفُ أمير المؤمنين وتحلف أنت ؟! فقال : أمير المؤمنين أقدَر على كفارة يمينه مني ، فحبسه المنصور أياماً ، ثم أحضره ، فقال له أبو حنيفة ، يا أمير المؤمنين : أنا لا أصلح للقضاء ، فإن كنت صادقاً فلا أصلح ، وإن كنت كاذباً فلا أصلح للكذب ، فردّه إلى الحبس ، وضربه بالسياط فلم يَلِ ، فأطلقه ، هذه هي الرواية الصحيحة ، وفي روايةٍ : أنه لما (توعده)[٧] إن لم يَلِ أجَابَ ، فولاه قضاءَ الرَّصافة التي بناها

(١) أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري ، صاحب التفسير الكبير والتاريخ الشهير وغير ذلك من كتب الحديث والأصول والفروع ، كان إماماً مجتهداً ، وكان عالماً بالتفسير والحديث والفقه والتاريخ ، ولد سنة ٢٢٤ ، وتوفي سنة ٣١٠ هـ ببغداد ، (انظر : وفيات الأعيان : ٥٤٢/٣ ، طبقات الفقهاء : ٩٣ ، البداية والنهاية : ١٤٥/١٠ ، التاج المكلل : ١٥٨) .

(٢) تاريخ الطبري : ٦١٩/٧ ، ط دار المعارف بمصر ١٩٦٦ .

(٣) الحافظ أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن اسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني ، كان من الأئمة الأعلام المحدثين ، وأكابر الحفاظ الثقات ، وكتابه حلية الأولياء من أحسن الكتب ، وله كتاب « تاريخ أصبهان » ومعجم الصحابة وصفة الجنة ودلائل النبوة وكتاب في الطب النبوي والمستخرج على البخاري ، والمستخرج على مسلم ، جمع بين الفقه والتصوف ، قال الذهبي ، صدوق ، تُكُلّم فيه بلا حجة ، ولد سنة ٣٣٦ هـ ، وتوفي سنة ٤٣٠ هـ ، (انظر : وفيات الأعيان : ٧٥/١ ، البداية والنهاية : ٤٥/١٤ ، طبقات الشافعية الكبرى : ١٨/٤ ، ميزان الاعتدال : ١١١/١) .

(٤) الحافظ أبو بكر ، أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي البغدادي ، المعروف بالخطيب البغدادي ، كان من الحفاظ المتقنين ، والعلماء المتبحرين ، وصنف قريباً من مائة مصنف ، أهمها تاريخ بغداد ، فإنه يدل على اطلاع عظيم ، وكان فقيهاً ومحدثاً ومؤرخاً ، ولد سنة ٣٩٢ هـ ، وتوفي سنة ٤٦٣ هـ ، ودفن ببغداد ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٢٩/٤ ، وفيات الأعيان : ٧٦/١ ، البداية والنهاية : ١٠١/١٢ ، التاج المكلل : ٣٢) .

(٥) تاريخ بغداد : ٣٢٦/١٣ .

(٦) الربيع بن يونس بن محمد بن أبي فَرْوَة حاجب المنصور ومولاه وَوزيره ، وقلده المهدي الوزارة ، ولما جاء الهادي عزله وأقره على الدواوين ، فلم يزل حتى توفي سنة ١٦٩ هـ ، وله ٥٨ سنة ، وصلى عليه الرشيد وهو ولي عهد ، (انظر : الوزراء والكتاب ، الجهشياري : ١٦٧ ، البداية والنهاية : ١٥٨/١٠) .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : تواعده ، وهما بمعنى واحد ، أي هدده ، (انظر : القاموس المحيط : ٣٤٦/١) .

المنصور لابنه المهدي[1] ، فقعد يومين لم يأته أحدٌ ، فلما كان اليوم الثالث حضره رجلان فادّعى أحدهما على الآخر درهمين وأربعة دَوَانِيق ، فأنكره ، فطلب يمينه ، فقال له : قل والله ، فشرع في اليمين ، فلما رأى إقدامه على اليمين ، دَفعَ إليه من ماله ذلك ، ثم مرضَ من بعد يومين ، ثم مات بعد ستة أيام . [٣/ب] وروى الخطيب أبو بكر البغدادي أن يزيد بن عمر[2] بن هبيرة[3] ، أراد أبا حنيفة على ولاية قضاء الكوفة فأبى ، فضربه مائة سوْط وعشرة أسواط في كل يوم عشرة أسواط ، فلم يجبه ، فأطلقه ثم كلّمه في ولاية بيت المال ، فأبى ، فضربه بالسِّياط ، ثم أطلقه[4] ، وروى الخطيب أبو بكر أن الشافعيَّ رضي الله عنه وليَ القضاء بنجران من بلاد اليمن يومين أو ثلاثة ، ثم حمل إلى بغداد ، وهذه رواية ضعيفةٌ جداً ، والصحيح أن أبا حنيفة والشافعي رضي الله عنهما لم يلِيا القضاء البتة ، غير أن أصحاب أبي حنيفة وُلُّوا القضاء ، فوَليه أبو يوسف[5] ، وهو أول من دُعي بقاضي القضاة في الإسلام في ولاية

---

(١) المهدي : أبو عبد الله ، محمد بن المنصور ، ثالث خلفاء بني العباس ، ولد سنة ١٢٧ هـ ، درس الأدب وجالس العلماء وبويع بالخلافة سنة ١٥٨ هـ ، وكان جواداً محبباً إلى الرعية ، تتبع الزنادقة والملحدين ورد المظالم ، عمل البريد ووسع الحرم المكي ، توفي سنة ١٦٩ هـ ، (انظر : تاريخ الخلفاء : ٢٧١ ، فوات الوفيات : ٢/٤٤٨ ، البداية والنهاية : ١٠/١٥١) .

(٢) في الأصل ونسخة ف : عمرو ، وهو تصحيف ، والصواب : عمر .

(٣) يزيد بن عمر بن هبيرة الفزاري ، أبو خالد ، أمير العراقين ، أصله من الشام ، ولي قنسرين للوليد بن يزيد بن عبد الملك ، وكان مع مروان بن محمد آخر ملوك بني أمية يوم غلب على دمشق ، وجمع له ولاية العراقين (البصرة والكوفة) ، حاربه بنو العباس حتى غلبوه وهرب إلى واسط ثم أعطي الأمان ، ثم قتله أبو جعفر المنصور بأمر من أبي العباس السفاح وهو ساجد سنة ١٣٢ هـ . وهو ابن عمر وليس ابن عمرو كما جاء في المخطوط ، (انظر : وفيات الأعيان : ٥/٣٥٧) ، وانظر القصة التي ذكرها المصنف في ترجمة الإمام أبي حنيفة في (وفيات الأعيان : ٥/٤٨ ، المعارف : ٣٦٩ وما بعدها ، البداية والنهاية : ١٠/٥٤) .

(٤) تاريخ بغداد : ١٣/٣٢٧ وفيه : حدثنا عبيد الله بن عمرو عن ابن هبيرة ، وانظر : الطبقات السنية : ١/١١٩ .

(٥) الإمام أبو يوسف ، يعقوب بن ابراهيم بن حبيب ، قاضي القضاة ، صاحب أبي حنيفة ، الفقيه المجتهد ، كان الغالب عليه مذهب أبي حنيفة ، تولى القضاء لثلاثة من الخلفاء ، المهدي والهادي وهارون الرشيد ، من =

موسى الهادي[1] ، ثم أقره الرشيد[2] عليه ، ثم ابنه يوسف[3] ، ثم محمد بن الحسن[4] ، ومازال قضاة بغداد من أصحاب أبي حنيفة من ذلك الزمن وهَلُمَّ جرا ، وكانت الرياسة لهم يومئذ ببغداد ، وكان أصحابُ الشافعيِّ رضي الله عنهم يَكْرهون الدخولَ فيه في قديم الزمن اقْتِفاءً لأثرِ الشافعي فيه ، واقتداءً به ، وكان أبو عليٍّ بنُ خَيْران[5] ، صاحبُ أبي العباس بن

= سنة ١٦٦ هـ ، وكان الرشيد يكرمه ويجله ، وهو أول من دعي بقاضي القضاة ، وأول من غير لباس العلماء ، وبث علم أبي حنيفة في الأقطار ، ولد سنة ١١٣ هـ ، ومات وهو على القضاء سنة ١٨٢ هـ ، (انظر : وفيات الأعيان : ٤٢١/٥ ، تاج التراجم : ٨١ ، المعارف : ٤٩٩ ، البداية والنهاية : ١٨٠/١٠ ، طبقات الفقهاء : ١٣٤) .

(١) الهادي أبو محمد ، موسى بن المهدي بن المنصور ، رابع خلفاء بني العباس ، ولد بالري سنة ١٤٧ هـ ، جدّ في قتل الزنادقة بوصية من أبيه ، كان فصيحاً أديباً مهيباً شهماً ، لم يل الخلافة قبله أحد أصغر منه في السن ، مات سنة ١٧٠ هـ ، واختلف في سبب موته ، (انظر : تاريخ الخلفاء : ٢٧٩ ، البداية والنهاية : ١٥٩/١٠) .

(٢) هارون بن المهدي محمد بن المنصور ، خامس خلفاء بني العباس ، تولي الخلافة سنة ١٧٠ هـ ، وكان من أميز الخلفاء ، وأجل ملوك الدنيا ، كثير الغزو والحج ، ولد سنة ١٤٨ هـ ، وكان كثير الورع والعبادة ، يحب العلم وأهله ، ويعظم حرمات الإسلام ، توفي سنة ١٩٣ هـ بطوس أثناء الجهاد ، (انظر : فوات الوفيات : ٦١٦/٢ ، تاريخ الخلفاء : ٢٨٣ ، البداية والنهاية : ٢١٣/١٠) .

(٣) يوسف بن يعقوب بن ابراهيم ، ابن القاضي أبي يوسف ، نظر في الرأي والفقه وسمع الحديث ، وصلى بالناس الجمعة في بغداد بأمر هارون الرشيد ، وولي القضاء بالجانب الغربي من بغداد في حياة أبيه ، وقال ابن كثير : ولي قضاء الجانب الشرقي ببغداد ، ولم يزل على القضاء إلى أن مات سنة ١٩٢ هـ ببغداد ، (انظر : البداية والنهاية : ٢١٢/١٠ ، المعارف : ٤٩٩ ، وفيات الأعيان في ترجمة والده ، ٤٣١/٥) .

(٤) محمد بن الحسن بن فَرْقد الشيباني ، أبو عبد الله ، أصله من حرستا ، قدم أبوه من الشام إلى العراق وأقام بواسط فولد له بها ، ونشأ بالكوفة ، وطلب الحديث في المدينة على الإمام مالك ، وحضر مجلس أبي حنيفة سنين ، وتفقه على أبي يوسف ، وصنف الكتب الكثيرة منها الجامع الكبير والجامع الصغير ، والأصل أو المبسوط والسير والآثار وكتب النوادر ، وكان من أفصح الناس ، دوّن ونشر علم أبي حنيفة ، ولاه الرشيد قضاء الرقة ثم عزله عنها ، وقدم بغداد ، ولد سنة ١٣٥ هـ ، وتوفي سنة ١٨٩ هـ ، توفي هو والكسائي في يوم واحد ، فقال الرشيد : دفنت اليوم اللغة والفقه جميعاً ، (انظر : وفيات الأعيان : ٣٢٤/٣ ، تاج التراجم : ٥٤ ، طبقات الفقهاء : ١٣٥ ، المعارف : ٥٠٠ ، التاج المكلل : ١٠٥ ، البداية والنهاية : ٢٠٢/١٠ ، تهذيب الأسماء : ٨٠/١) .

(٥) الحسين بن صالح بن خيران أبو علي الفقيه الشافعي ، كان فقيهاً متورعاً فاضلاً زاهداً من كبار الأئمة ، عرض عليه القضاء فلم يقبله ، وذكر ابن خلكان القصة المذكورة في المتن ، توفي سنة ٣٢٠هـ ، (انظر : وفيات الأعيان : ٤٠٠/١ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٢٧١/٣ ، طبقات الفقهاء : ١١٠ ، البداية والنهاية : ١٧١/١١ ، تهذيب الأسماء : ٢٦١/٢) .

سُرَيْج[1] ، يعاتب أبا العباس بن سُريج على تَوْلِيةِ[2] القضاء ، ويقول (له)[3] : هذا الأمر لم يكن في أصحابنا ، (وإنما)[4] كانَ في أصحاب أبي حنيفة ، وقال القاضي أبو الطيب : طلب الوزيرُ ابنُ[5] الفرات[6] للمقتدرِ بالله[7] ، أبا علي بن خَيْران الشافعيَّ ليوَلِيَه (قاضي)[8] القضاة ببغداد فامتنع ، واختفى أياماً ، فختِمت حوانيته ليظهرَ فلم يَفعل[9] .

---

(١) أحمد بن عمر بن سريج ، القاضي أبو العباس البغدادي ، أحد أئمة مذهب الشافعي ، وعنه انتشر المذهب الشافعي في الآفاق ، ولي القضاء بشيراز في أول أمره ، ثم امتنع وسمَّر بابه الوزير علي بن عيسى لِيَلِيَ قضاء القضاة فامتنع ، له مصنفات بلغت ٤٠٠ مصنف ، وناظر داود الظاهري وابنه محمداً ورد عليهما ، توفي سنة ٣٠٦ هـ ، وبلغ ٥٧ سنة وستة أشهر ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٢١/٣ ، طبقات الفقهاء : ١٠٨ ، وفيات الأعيان : ٤٩/١ ، ضبط الأعلام : ٧٣ ، البداية والنهاية : ١٢٩/١١ ، تهذيب الأسماء : ٢٥١/٢) .

(٢) في نسخة ف : توليته .

(٣) اللفظ من نسخة ف .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إنما .

(٥) في الأصل بن بدون ألف ، وهو خطأ .

(٦) أبو الحسن ، علي بن محمد بن موسى بن الحسن بن الفرات وزير المقتدر بالله ، تولى الوزارة له ثلاث دفعات ، وكان يقبض عليه في كل مرة ، وتصادر أملاكه ، كان يستغل من ضياعه أموالاً كثيرة وينفقها على أهل العلم والدين والفقراء ، وكان كاتباً كافياً خبيراً ، يجلس للمظالم ، ولد سنة ٢٤١ هـ ، قتله نازوك صاحب الشرطة مع ابنه سنة ٣١٢ هـ ، (انظر : وفيات الأعيان : ٩٧/٣ ، الكامل ، لابن الأثير : ١٢١/٦ ، ١٢٣ ، البداية والنهاية : ١٥١/١١) .

(٧) المقتدر بالله ، جعفر بن المعتضد أحمد بن طلحة بن المتوكل بن المعتصم ، من خلفاء بني العباس ، ولد سنة ٢٨٢ هـ ، ولي الخلافة وعمره ١٣ سنة ، فاستصغر وخرجوا عليه ، ثم استقام الأمر له ، فاستوزر أبا الحسن علي بن محمد بن الفرات ، فسار أحسن سيرة ، وكشف المظالم ، وكان جيد العقل ، صحيح الرأي ، لكنه مؤثر للشهوات واللهو والشراب والتبذير ، ولي الخلافة من أولاده ثلاثة ، وقد استكثر من الوزراء فبلغ عددهم ١٤ وزيراً ، وفي سنة ٣٢٠ هـ خرج مؤنس مع البربر فقاتلوه وقتلوه ، (انظر : تاريخ الخلفاء : ٣٧٨ ، البداية والنهاية : ١٦٩/١١) .

(٨) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : قضاء .

(٩) ذكر القصة ابن كثير في (البداية والنهاية : ١٧١/١١) ، وابن السبكي في (الطبقات الكبرى : ٢٧٣/٣) ، وذكرا أن الوزير الذي طلبه هو علي بن عيسى وزير المقتدر ، وليس ابن الفرات ، وعلق علي بن عيسى على رفضه ، فقال : إنما أردنا أن نعلم الناس أن ببلدنا وفي مملكتنا من عرض عليه قضاء قضاة الدنيا في المشارق والمغارب فلم يقبل ، وروى ابن السبكي عنه أنه قال : ما أردنا به إلا خيراً ، (انظر : طبقات الفقهاء : ١١٠ ، مغني المحتاج : ٣٧٢/٤) . وانظر ترجمة علي بن عيسى في هامش الفقرة ٨٥ من هذا الكتاب .

[حكم الدخول في القضاء] :

٨ ـ فهذا ما صار إليه الأئمة قولاً وفعلاً في تقليد القضاء والامتناع منه ، ووراء هذا كله أمرٌ لابد من التنبه له ، وهو أنّا سنذكر إن شاء الله تعالى انقسام الناس في القضاء على أَضْرُبٍ[1] ، من جملتها من يتَعيْنُ عليه فرضاً ، فهذا يحرم عليه الامتناع منه إذا طُلب ، ويجب عليه الطلب ، ومن جملتها من هو فرض كفايةٍ في حقه ، فهو مع من يساويه متعرضون للاثْمِ إن امتنعوا كلهم ، على ما سنبينه ونصفه بأنه فرضٌ عليه مباشرته ، فهذان قسمان لايسع مَنْ دخل فيهما الامتناع منه أصلاً ، ومن جملتها من يُستحب له الدخول فيه إذا طُلب ، وهذا لا يُقال في حقِهِ أنَّ الأوْلى له التركُ ، لأنَّ المندوبَ فعلُه خيرٌ من تركه بلا ارتياب ، ومن جملتها من يُباح له ، فهذا قد يقال : إنَّ الأولى له الامتناع ، أما منْ يحرم عليه الدخول فيه أو يُكره فالامتناع خيرٌ له لاشك فيه[2] ، وسنكشف حقيقة هذه الأضرب إن شاء الله تعالى عقيب[3] هذا الفصل ، في فصل نعقده في صفه القاضي وما (يتعين)[4] فيه من الشروط .



---

(١) صفحة ٨١ فقرة ١٥ .

(٢) العبارة في نسخة ف : ومن جملتها من يحرم عليه الدخول فيه أو يكره ، فلا شك أن الامتناع خير له .

(٣) عقيب : خطأ شائع في كتب الفقه ، والصواب عقب ، انظر : المصباح المنير : ٤٥/٢ ط ١٢٩٣ .

(٤) في نسخة ف : يعتبر ، وهو الموافق لعنوان الفصل التالي .

[٤ / أ]

الفصل الثاني

في

صفة القاضي وما يعتبر فيه من الشروط[(١)]

٩ ـ شرائطُ القضاء عشرةٌ : الإسلامُ والحريةُ والذكورةُ والتكليفُ والعدالةُ والبصرُ والسّمعُ والنطقُ والكتابةُ والعلمُ بالأحكامِ الشرعيةِ ، احترزنا بالإسلامِ والحريةِ والذكورة والتكليف عن الكافر والعبد والمرأة[(٢)] والصبي ، فهؤلاء ليسوا من أهل القضاء ، وإن وُلُّوا لم تَنْعقد ولايتُهم ولا أحكامهم ، والمكاتَبُ[(٣)] في معنى العبد ، (وكذا المدبَّر[(٤)] وحر البعض والخنثى)[(٥)] ، والمجنون في معنى الصبي ، واحترزنا بالعدالةِ[(٦)] عن الفاسق ، فلا تصحُّ ولايتُه ، ولا يَنْفُذُ حكمُه ،

---

(١) في هامش الأصل : قف على شروط القضاء .

(٢) هذا مذهب الشافعي ومالك وغيرهما من الفقهاء ، وذلك لأن القضاء ولاية ، والمرأة لا تصح ولايتها لما ثبت في السنة « ما أفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » وقال الإمام أبو حنيفة وأصحابه : يجوز للمرأة أن تتولى القضاء فيما تقبل فيه شهادتها وحدها أو مع الرجال ، ولا يجوز في الحدود والقصاص ، وقال الطبري والخوارج : يجوز قضاؤها في كل شيء ، (انظر : روضة القضاة وطريق النجاة ، للسمناني ، تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي : ١ / ٥٣ ، أدب القاضي للماوردي : ١ / ٦٢٥ ، جواهر العقود ، الأسيوطي : ٢ / ٣٦٣ ، المهذب : ٢ / ٢٩١ ، التنظيم القضائي ، لنا ص ٥٦) .

(٣) المكاتبة هو أن يتفق الرجل مع عبده كتابة على مال يؤديه مُنجَّماً عليه ، فإذا أداه فهو حر ، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ والذين يَبْتَغُونَ الكتابَ مما مَلَكَتْ أيمانُكم فكاتِبُوهم إنْ عَلِمْتُمْ فيهم خيْراً ﴾ النور الآية ٢٣ .

(٤) المدبر هو العبد الذي يعلق عتقه على موت سيده ، ويعتبر المدبر عبداً مادام سيده حياً ، ويعامل معاملة العبد ، وتطبق عليه أحكام الرقيق ، وكذلك المكاتب يبقى عبداً حتى يدفع للسيد جميع المال ، فالعبد عبد ما بقي درهم ، كما يقول الفقهاء ، وهاتان الوسيلتان للترغيب في عتق العبيد ، (انظر : الأم ، للشافعي : ٦ / ١٩٨) .

(٥) ما بين القوسين من هامش الأصل .

(٦) العدالة لغة التوسط ، واصطلاحاً ملكة في النفس تمنع صاحبها من ارتكاب الكبائر والرذائل ، ومن الإصرار على الصغائر

ولا يُقبل قولُه ، لأنَّه لا تقبل شهـادتُـه ، فعـدم قبولِ حكمـه أَوْلى[1] ، فلو ولاَّه الإمام أو نائبه أو ذو الشَوْكـة (فَحَكَمَ)[2] بين النـاس على فِسقِـه لم (تنفـذ)[3] أحكامـه قطعـاً ، لا شـك فيـه ، لا نعرف فيـه خلافـاً ، وبـه قطـع العراقيـون والمراوزة إلا ما حكاه[4] الشيخُ أبو حامد الغزالي[5] ، فإنه قال : يَعْصي السلطانُ بتفويض القضاء إلى الفـاسق والجـاهل ، ولكن بعـد أن وَلاَّه فلا بـدَّ من تنفيـذِ أحكامهِ للضرورةِ ، هـذا كلامـه[6] ، ولا أعلم أحـداً نقلـه غيره مع تصفُّح شروح المذهب والمصنفات فيـه[7] ، ونحن إذا نفـذنـا حكم قـاضي البُغـاة فلا بـدَّ من أن

(١) زادت نسخة ب ما يلي : وقوله إذا لم تقبل شهادته فعدم قبول حكمه أولى ، هذا قد يعترض عليـه بـالامـام الأعظم ، فإنه يصح أن يكون ولياً في النكاح ، ولا ينعقد النكاح بشهادتـه ، كما صرح بـه المتولي في « التتمـة » ، وأيضـاً فإننا إذا نفذنـا أحكام الإمـام الأعظم إذا كان فـاسقـاً للضرورة ، نفـذنـا أحكام نوابـه للضرورة ، وإلا لأدى إلى تعطيل الأحكام ، وإذا نفذنا الأحكام للضرورة ، ثم زالت ، وحصلت دولة عادلة وإمام عادل فـالقيـاس نقض تلـك الأحكام ، ويصير ذلك كالتيم يبطل برؤية المـاء ، وهـذا صريح إطلاقـه في البينـة حيث قـال : فـإن كان الـذي قبلـه لا يصلح للقضاء نقض أحكامه كلها ، أخطأ فيها أو أصاب ، وعلى هذا فتعاد عقود الأنكحة وما توقفت صحتـه على حكم الحـاكم ، ولا بد في الحاكم أن يكون مجتهداً . ق ١٠٥ / ب .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وحكم .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، ونسخة ب ، ورقة ١٠٥ / أ ، وفي الأصل : تنعقد ، وفي هامش الأصل : تنفذ .

(٤) في نسخة ف زيادة وهي : خلافاً للإمام ، حكاه الشيخ .

(٥) محمد بن محمد بن محمد بن أحمد ، حجة الإسلام الغزالي الطوسي ، الفقيـه الشـافعي ، درس على إمـام الحرمين الجويني ، وتولى التدريس بالمدرسة النظامية ببغداد ، وسلك طريق الزهد ، وصنف الكتب المفيـدة في الفقـه والأصول والجدل والفلسفة والأخلاق ، أهمها البسيط والوسيط والوجيز وإحياء علوم الدين والمستصفى والمنخول والمنتحل وتهافت الفلاسفة ، ولد سنة ٤٥٠ هـ ، وتوفي بالقرب من طوس سنة ٥٠٥ هـ ، (انظر : وفيـات الأعيـان : ٣ / ٣٥٥ ، طبقـات الشافعية الكبرى : ٦ / ١٩١ ، البداية والنهاية : ١٢ / ١٧٢ ، التاج المكلل : ٣٨٨) .

(٦) الوجيز ، للغزالي : ٢ / ٢٣٧ ، وعبارته في الوجيز : « فـإن تعـذرت الشروط وغلب على الولايـات متغلبون فسقة فكل من ولاه صاحب شوكة نفذ حكمه للضرورة ، كما ينفذ حكم البغاة » .

(٧) قول الغزالي هو ما عليه المتأخرون من محققي المذهب الشافعي لئلا تتعطل مصـالح النـاس ، قـال النووي في « المنهاج » : فإن تعذر جمع هذه الشروط فولى سلطان له شوكة فاسقاً أو مَقلداً نفذ قضـاؤه للضرورة » ، وعلق على ذلك جلال الدين المحلي ، فقـال : « قـالـه الغزالي في الوسيـط تفقهـاً ، قـال في « الروضـة » كأصلهـا : وهـذا حسن » ، (انظر : نهاية المحتاج : ٨ / ٢٤٠ ، جواهر العقود ، الأسيوطي : ٢ / ٣٥٥ ، مغني المحتـاج : ٤ / ٣٧٧ ، حـاشيـة قليوبي وعميرة على شرح المحلي : ٤ / ٢٩٧ ، الروضة : ١١ / ٩٧) .

يكونَ مع عِلمِهِ عَدْلاً متأوّلاً في خروجه مع البغـاة[1] ، ولا بـدّ من تـأويل حمل البغاة على بغيهم ، هذا لا خلاف فيه ، فكيف ننفـذ أحكام قـاضي أهل العـدْل مع فِسقه ، وعلمه[2] بفسقه ، الفِسق الذي لا تأويل فيه

[ضابط الفسق] :

١٠ ـ ثم اعلم أن الفسـق المـانـعَ من تَـوْليـةِ القضـاءِ هـو الفِسـقُ بـارتكاب المحرَّمـاتِ المتفـق عليهـا ، أو التي يعتقـدهـا المكلف حرامـاً ، ويرتكبهـا تتبُّعـاً شهوات نفسه[3] ، أما إنْ فسق باعتقـادٍ تعلقَ فيـه بشبهـة أوجبت لـه تـأويلاً ، تأوّل به خلافَ الحق ، ففي جواز تقليده القضاء وجهان حكاهما المـارودي[4] ، ثم قـال : فلو صحت ولايـةُ الحـاكم العـدْل[5] ، ثم طرأ عليـه الفسقُ بعـد صحـة

---

(١) البغي : الظلم والعدول عن الحق ، والبغاة جماعة من المسلمين خرجوا على الإمـام بتـأويل أو غيره كالخوارج الذين قال فيهم الإمام علي كرم الله وجهه : إخواننا بَغَوا علينا ، ولهم أحكام خاصة في كتب الفقه .

(٢) في نسخة ب ورقة ١٠٥ / ب : وعلم .

(٣) العبارة في نسخة ف : وتركبها شهوات نفسه .

(٤) أدب القاضي ، له : ١ / ٦٣٥ .

والمـاوردي هو أبو الحسن ، علي بن محمد بن حبيب البصري المعروف بـالمـاوردي ، من وجوه فقهـاء الشـافعيـة وكبارهم ، وكان حافظاً للمذهب ، وله كتاب « الحاوي الكبير » الذي يشهد لـه بـالعلم الواسع والفضل الكبير والاطلاع على أحكام المذاهب وأدلتهم ، مع مناقشتها والرد عليها ، وهو مخطوط في ٢٤ مجلـداً ، تولى القضـاء في بلـدان كثيرة ، ثم استوطن بغداد ، ومن كتبه الأحكام السلطـانيـة وأدب الـدين والـدنيـا وتفسير القرآن الكريم والعيون والنكت وقـانون الوزارة والاقناع في المذهب وهو صغير ودلائل النبوة وغير ذلك في أصول الفقه والأدب ، توفي سنـة ٤٥٠ هـ ، ودفن في بغداد وعمره ٨٦ سنة ، نسبه الذهبي إلى الاعتزال ، وهو بعيد ، (انظر : وفيات الأعيان : ٢ / ٤٤٤ ، طبقات الشافعيـة الكبرى : ٥ / ٢٦٧ ، طبقات الفقهاء : ١٣١ ، البداية والنهاية : ١٢ / ٨٠ ، ميزان الاعتدال : ٣ / ١٥٥) .

(٥) تساءل بعض الأساتذة الأفاضل عن المقصود من عبارة الماوردي « الحـاكم العَـدْل » ، وأنـه لا يبعـد أن يفسر القارئ : « الحاكم » (هنا) بالإمام الأعظم ، وإلا لعبر عنه كشـأنـه بكلمـة « القـاضي » ثم أضـافوا : « ومعلوم أن الحـاكم الأعلى لا يجوز عزله بالفسق مهما كان سببـه ، سلوكا أو اعتقـاداً ، وليس كما نقل المصنف .. وأنـه يجب أن يرفع غـاشيـة هذا الوهم » .

والحقيقة أنه لا محل لهذا التساؤل والاعتراض ، وأن الكلام الذي نقلـه المصنف عن المـاوردي رحمـه الله واضح ، وليس فيه التباس ، لأن الماوردي استعمل لفظة « الحاكم » بمعنى القاضي ، وذكره بعد قوله : « جواز تقليده القضـاء » ، أما الحاكم الأعلى فسماه المصنف بعد النص مباشرة « بالإمام » .

ولايته ، إن طرأ فسقه بأفعالٍ يتبعُ بها شهواتِه بطلتْ ولايته ، وإن طرأ فسقه باعتقادٍ تأوّل به ، هل تبطل ولايته ؟ فيه وجهان : أصحُّها لا تبطل[1] ، ثم اختلف الأصحاب في القاضي إذا فسق[2] ، هل ينعزل بنفس الفسق ، أم لا بدّ من عزله من جهة الإمام ؟ فيه وجهان ، أصحها ينعزل بمجرد فسقه ، ولم (ينفذ حكمه[3] أيضاً)[4] ، ويحرم عليه ، والحالة هذه متى فسق ، أن ينصبَ نفسه للحكم ، ويحكم بين اثنين ، ويجب عليه رفعُ (حاله)[5] السيئة إلى ولي الأمر ، ليوليَ على المسلمين عدلاً غيره ، قال الأصحاب : فلو تاب وَحسُنت حاله ، وقلنا ينعزلُ بنفسِ الفسق ، هل يعود قاضياً من غير تَوْليةٍ ؟ فيه وجهان ، **أصحها عندي** أنه لا يعودُ ، وعلى هذا : لو جُنّ أو أُغميَ عليه ، هل ينعزل ؟ فيه وجهان ، فإن قلنا [٤ / ب] ينعزل فمتى أفاقَ ، هل يعود قاضياً ؟ فيه وجهان ، **أصحها عندي** أنه يعود[6] .

[القضاء من الأعمى] :

واحترزنا بالبصر عن الأعمى ، فلا يصح تقليده القضاء على المذهب،

---

(١) أدب القاضي : ١ : ٦٣٦ ، وعبارته : فإن طرأ عليه الفسق بعد صحة تقليده بطلت ولايته بالضرب الأول ، وفي بطلانها بالضرب الثاني وجهان ، أصحها هاهنا لا تبطل ، وأصحها هناك لا تنعقد ؛ لأنه لا يقلد إلا بتعديل كامل ، ولا ينعزل إلا بجرح كامل .

(٢) جاء في هامش الأصل : وكذا إذا أغمي عليه أو عمي أو صم أو ارتد أو أخذ الرشوة أو خرج عن أهلية الضبط والاجتهاد لغفلة أو نسيان .

(٣) هذا ما عليه المحققون في المذهب ، (انظر : المنهاج للنووي وعليه شرح المحلي : ٤ / ٢٩٩ ، مغني المحتاج : ٣ / ٣٨٠) .

(٤) ما بين القوسين من هامش : الأصل .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي هامش الأصل : حال . صح .

(٦) جاء في هامش الأصل : « الأصح أن ولايته لا تعود إلا بتوليه جديدة » .

قلت : قال النووي فإن زالت هذه الأحوال لم تعد ولايته في الأصح ، وبين ذلك وعلله الخطيب الشربيني ، (انظر : نهاية المحتاج : ٨ / ٤٤٥ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٨١ ، الروضة ١١ / ١٢٦) .

الصحيح ، وحكى الجُرْجاني[1] قولاً قديماً بعيداً أنه يصح تَوْليته ، وهو قولٌ غريبٌ ، لم أرَ أحداً حكاه غيره ، ومثْله لا يعدُّ من المذهب[2] .

واحترزنا بالسمعِ عن الأصَمّ ، فإن كان بحيث لا يَسمع أصلاً لم تصحْ توليته ، وإن كان بحيث يسمعُ لو أُسمع صحت[3] .

واحترزنا بالنطق عن الأخرس الذي تُفهم إشارتُه ، ففي صحة ولايته قولان ، حكاهما الشيخُ أبو عليّ[4] ، كالقولين في سماع شهادته ، وقطع البَغَويّ[5] بعدم

---

(١) عبد الملك بن محمد بن عدي الجرجاني ، أبو نعيم الاستراباذي ، أحد أئمة المسلمين فقهاً وحديثاً ، رحل كثيراً ، ولم يكن في زمانه أحفظ منه في الفقهيات وأقاويل الصحابة ، ولد سنة ٢٤٢ هـ ، وتوفي سنة ٣٢٣ هـ ، وقال الحاكم ٣٢٢ هـ ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٣ / ٣٣٥ ، طبقات الفقهاء : ١٠٤ ، البداية والنهاية : ١١ / ١٨٣) .

(٢) يقال إن ابن أبي عصرون قاضي قضاة الشام عمي في آخر عمره واستمر قاضياً ، وألف كتاباً في جواز قضاء الأعمى ، وسماه ملا كاتب جلبي في (كشف الظنون : ١ / ٥٦١) : « رسالة في نفي قضاء الأعمى وجوازه ، لأبي سعد الله ، المعروف بابن أبي عصرون الشافعي الموصلي المتوفي سنة ٥٩٥ هـ » ، (وانظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٧ / ١٣٥) ، وينسب بعض الفقهاء جواز قضاء الأعمى إلى الامام مالك ، وهو غير صحيح ، ورده ا بن فرحون رداً قاطعاً ، وحكى في اشتراط البصر الإجماع من مالك وغيره ، ونسب ا بن قدامة جواز قضاء الأعمى إلى بعض الشافعية أيضاً ، وبالجملة فإن البصر شرط في تولية القضاء عند المذاهب الأربعة . (انظر : حاشية الباجوري على شرح الغزي : ٢ / ٣٥٦ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٣٨ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٧٥ ، تبصرة الحكام : ١ / ٢٥ ، بلغة السالك لأقرب المسالك : ٢ / ٣٠٦ ، المغني : ١٠ / ٣٦ ، حاشية ابن عابدين : ٥ / ٣٥٤ ، الأحكام السلطانية : ٦٦ ، أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ٦٢٢) .

(٣) أدب القاضي للماوردي : ١ /٦٢٣ .

(٤) الشيخ أبو علي ، الحسين بن شعيب بن محمد السِّنْجي ، الإمام الجليل والفقيه الكبير ، أول من جمع بين طريقتي العراق وخراسان ، وصنف شرح المختصر الذي يسميه امام الحرمين بالمذهب الكبير ، وشرح تلخيص ا بن القاص ، وشرح فروع ا بن الحداد ، توفي سنة ٤٣٠ هـ ، ودفن بجوار أستاذه القفال بمرو (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٣٤٤ ، وفيات الأعيان : ١ / ٤٠١ ، البداية والنهاية : ١٢ / ٥٧ ، طبقات الفقهاء : ١٣٢ ، تهذيب الأسماء ٢ / ٢٦١)

(٥) أبو محمد ، الحسين بن مسعود بن محمد ، المعروف بالفراء البغوي ، أحد فقهاء الشافعية ، كان فقيهاً ومحدثاً ومفسراً ، صنف في التفسير « معالم التنزيل » وفي السنة « شرح السنة » والمصابيح والجمع بين الصحيحين وفي الفقه التهذيب ، وكان ورعاً زاهداً ، يجمع بين العلم والعمل ، ولقب بمحي السنة ، توفي سنة ٥١٠ هـ ، ودفن عند شيخه =

الصحة[1] .

واحترزنا بالكِتابة عن الأمّيّ وهو الذي لا يُحسن الكتابة ، ففي صحة ولايته وجهان مشهوران[2] .

واحترزنا بالعلم بالأحكام الشرعية عن الجاهل بها فلا تصح توليته بلا خلاف[3] ، وشرطُ صحةِ تَوْلِيةِ القضاء على مذهب إمامنا رضي الله عنه الاجتهادُ المطلق ، وهو أن يكون عالماً بالكتابِ والسنة والاجماع والقياس وأقاويل الناس ولِسان العرب ، فعلمه (بالكتاب)[4] العزيز هو أن يعلم الآيات المتعلقة بالأحكام ، ويعرف ناسخه ومنسوخه ، وخاصّه وعامه ، ومطلقه ومقيده ، ومجمله ومحكمه ، ومبيّنه ومفصَّله ، وأنْ يَعلم من السُّنة ما يتعلق بالأحكام ، وناسخه ومنسوخه ، وخاصّه وعامه ، ومطلقه ومقيده ، ومجمله ومفصله ، والمتواترِ منه والآحاد والمُستفيضِ والمُرْسَلِ ، والمُسْنَدِ والمُنْقَطِعِ والمتصلِ ، وحالِ الرواة وجرحهم وتعديلهم ، ويعلم الإجماعَ ومسائلَه ،

= القاضي حسين بمروروذ ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٧ / ٧٥ ، وفيات الأعيان : ١ / ٤٠٢ ، البداية والنهاية : ١٢ / ١٩٣) .

(١) وهو الراجح عند الشافعية ، (انظر : نهاية المحتاج : ٨ / ٢٣٨ ، شرح المحلي على المنهاج : ٤ / ٢٩٦ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٧٥) ، وذكر الشيرازي الوجهين في (المهذب : ٢ / ٢٩١) ، وبين الماوردي أن القول بالجواز هو لأبي العباس بن سريج ، (أدب القاضي : ١ / ٦٢٤) ، وجاء في نسخة ب عبارة : الأخرس الذي لا تفهم إشارته ، وهو خطأ بزيادة « لا » وقد صرحت المصادر الفقهية بما جاء في الأصل ، وأن الذي لا تفهم إشارته لا تصح ولايته بالأولى ، (انظر : الروضة : ١١ / ٩٧)

(٢) اختار الأذرعي والزركشي عدم صحة ولاية الأمي ، واختار النووي في الروضة صحة ذلك ، ورجحه الغزي ، (انظر : حاشية البجيرمي على الاقناع للخطيب : ٤ / ٣٠٣ ، شرح ابن القاسم الغزي على الاقناع : ٤ / ٣٥٦ ، الروضة ١١ / ٩٧) .

(٣) قال الماوردي في (أدب القاضي : ١ / ٦٣٧) : فإن كان عامياً من غير أهل الاجتهاد لم يجز أن يفتي ولا يقضي ، وكانت ولايته باطلة ، وحكمه وإن وافق الحق مردودٌ ، خلافاً للحَنفية ، كما سيأتي ، وسوف يشير إلى ذلك المصنف فقرة ٧٢٥ ، (وانظر : المبسوط : ١٦ / ٧٢ ، الأحكام السلطانية ، الماوردي : ٦٦ ، الدر المختار : ٤ / ٤٢٤ ، الروضة : ١١ / ٩٥) .

(٤) اللفظ من نسخة ب ، وفي الأصل : الكتاب .

والاختلافَ الواقع بين أهله ، ويكون عالماً بالقياس وطُرُقِه ، وأصلِه (وفرعِه)[١] ، وشروطه وما يفسد به ، ويكون متمكّناً من استنباط الأحكام ودَرْكها واستخراجِها من أصولها ، عارفاً بطرق النظر ، خبيراً بالأدلةِ ومعانيها وطرقِها ومبانيها ونَظْمها ، ووضعها وأنواع الأقيْسة وما يعتبر فيها ، ويكون عارفاً بلسانِ العربِ كالأمرِ والنهي ، والخبرِ والاستخبار ، والوعد والوعيد ، والنداء وأقسام الأسماء والأفعال والحروف ، وما لا بد منه في فهم معاني كلام الله تعالى من الكتاب العزيز ، وفهم ما جاء به الرسول ﷺ بلغة العرب من ألفاظه[٢] ؛

١١ ـ إذا عرفتَ هذا فاعلم أنَّ هذه الشرائط يَعِزُّ وجودها في زماننا هذا في شخص من العلماء ، بل لا يوجد في البسيطة اليوم مجتهدٌ مطلقٌ ، هذا مع تدوين العلماءِ كتبَ التفسير والسنن والفقه والأقيسةِ والأصول والفروع ، والبحث عن أَحوال الرواة وجرحهم وتعديلهم ، والتنقيب عن سيرتهم حتى مَلأَ العلماءُ الماضون الأرض من مصنفاتٍ صنّفوها وابتدعوها ، وسَهُل [٥ / أ] على الفقيه المتأخر تناولُ ذلك وحفظُه ، ودَرْكُ الأحكام منه ، ومعرفتُه بحفظ ما تعب عليه مَنْ تقدم ، ومع هذا فليس يوجد في صُقْع من الأصقاع مجتهدٌ مطلقٌ ، بل ولا مجتهد في مذهب إمام واحد ، تُعتبر أقواله وجوهاً مخرجة في مذهب إمامه ، ما ذاك عندي إلا لأنَّ الله تَعالى أَعجزَ الخلائقَ في هذا ، وصرف هِمَّتهم[٣] عن دَرْكه وبلوغه ، إعلاماً منه جل جلاله عبادَه بتصرُّمِ الزمانِ ، وقرب الساعة ، وأن ذلك من أَشراطها ودلائلها ، وقد قال الشيخ أبو بكر

---

(١) اللفظ من نسخة ب ، وفي الأصل : وفروعه ، وأركان القياس أربعة : أصل وفرع وعلة وحكم .

(٢) انظر : الروضة ، للنووي : ١١ / ٩٥ .

(٣) في نسخة ب : هممهم ، ق ١٠٦ / أ .

القفّال المَرْوَزي[1] ، إمام المراوزة وشيخهم رضي الله عنه : المسؤول قسمان : أحدهُما من جمع شرائط الاجتهاد ، فيقضي ويفتي باجتهاده ، وهذا لا يوجد ، والثاني : منْ يَنْتَحِلُ مذهبَ واحدٍ من الأئمة ، إما الشافعيّ ، أو أبو حنيفة أو غيرهما ، وعرف مذهبَ إمامه ، وصار حاذقاً فيه ، (بحيث)[2] لا يشذُّ عنه شيٌ من أصول مذهبه ومنصوصاته ، فإذا سئل عن حادثةٍ إن عرف[3] لصاحبه نصاً ، أجاب عليه ، وإن لم تكن المسألة منصوصةً ، له أن يجتهد فيها على مذهبه ، ويخرجها على أصول صاحبه ، ويفتي بما أدّاه إليه اجتهادُه ، وهذا أيضاً أعزُّ من الكبريت الأحمر .

فإذا كان هذا قول الشيخ القفال مع جلالة قدره في العلم ، وكونِه صاحب وجهٍ في المذهب الشافعي ، ومقالةٍ منقولة عنه ، بل تلامذتُه وغِلمانُه أصحابُ وجوهٍ في المذهب ، فكيف بعلماء عصرنا الذين لا يقربون من تلك الدرجة ، ومن جملةِ غلمانه والمنتمين إليه القاضي حسينُ المَرْوَرُوذيّ[4] ، والشيخُ أبو القاسم

---

(١) أبو بكر ، عبد الله بن أحمد بن عبد الله ، المعروف بالقفال المروزي وبالقفال الصغير ، الفقيه الشافعي ، ابتدأ العلم على كبر السن بعد أن اشتغل في عمل الأقفال حتى سن الثلاثين ، وهو شيخ طريقة الخراسانيين أو المراوزة ، وكان معتمد المذهب في بلاده ، وله مؤلفات كثيرة ، وتخاريجه جيدة ، وإذا أُطلق القفال في كتب الفقه فهو المقصود ، فإن أرادوا القفال الشاشي قيدوه ، والشاشي أكثر ذكراً في الأصول والتفسير وغيرهما فيما عدا الفقه . توفي القفال المروزي سنة ٤١٧ هـ وهو ا بن تسعين سنة ، ودفن بسجستان ، وقبره فيها معروف يزار ، (انظر : وفيات الأعيان : ٢ / ٢٥٠ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٥ / ٥٣ ، البداية والنهاية : ١٢ / ٢١ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٨٢) .

(٢) اللفظ من نسخة ف ونسخة ب ، ورقة ١٠٦ / أ ، وفي الأصل : فحيث .

(٣) في نسخة ب : إن وجد ، ورقة ١٠٦ / أ .

(٤) أبو علي ، الحسين بن محمد بن أحمد ، المروروذي الفقيه الشافعي المعروف بالقاضي ، صاحب « التعليقة » في الفقه ، كان إماماً كبيراً ، صاحب وجه في المذهب ، وإذا أُطلق الجويني والغزالي والخراسانيون القاضي فهو المقصود ، وصنف في الأصول والفروع والخلاف ، ويقال له : حَبْر الأمة وحبر المذهب ، وتخرج عليه عدد كثير من الأئمة ، توفي سنة ٤٦٢ هـ ، بمروروذ . (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٣٥٦ ، وفيات الأعيان : ١ / ٤٠٠ ، تهذيب الأسماء : ١ / ١٦٤)

الفُوراني[1] ، والشيخ أبو محمد الجُوَيْني[2] ، والدُ إمامِ الحرمين ، والمسْعُودي[3] ، والصيْدلاني[4] ، والشيخُ أبو علي السِّنْجِيُّ وجماعةٌ غيرُهم ، وبموتِ هؤلاء في خراسان وما قرب منها ، وموتِ أصحابِ الشيخ أبي حامد الاسفراييني[5] (في العراقِ)[6] ، ومنهم المَحامِلِي[7] وأقضى القضاة الماورديُّ ، والقاضي أبو الطيب

---

(١) عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن فوران ، الإمام الكبير ، الحافظ للمذهب ، وهو شيخ أهل مرو ، وله تصانيف عظيمة منها الإبانة والعُمَد ، وتتبعه في الإبانة إمام الحرمين ونال منه كثيراً في كتابه «نهاية المطلب » ، توفي بمرو سنة ٤٦١ هـ ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٥ / ١٠٩ ، البداية والنهاية : ١٢ / ٩٨ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٨٠) .

(٢) عبد الله بن يوسف بن محمد بن حَيُّويهِ ، كان عالماً ديناً زاهداً متقشفاً عابداً يلقب بركن الإسلام ، عالماً بالفقه والأصول والنحو والتفسير والأدب ، لازم القفال المروزي في مرو ، ثم قعد للتدريس والفتوى والمناظرة في نيسابور ، وتوفي بها سنة ٤٣٨ هـ ، ومن تصانيفه الفروق والسلسلة والتبصرة والتذكرة ومختصر المختصر وشرح الرسالة والتفسير والمحيط . (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٥ / ٧٣ ، وفيات الأعيان : ٢ / ٢٥٠ ، البداية والنهاية : ١٢ / ٥٥) .

(٣) أبو عبد الله ، محمد بن عبد الله بن مسعود بن أحمد المسعودي ، الفقيه الشافعي ، إمام فاضل ورع من أهل مرو ، تفقه على القفال وشرح مختصر المزني وأحسن فيه ، وروى قليلا من الحديث عن القفال ، وحكى عنه الغزالي في « الوسيط » ، توفي سنة نيف وعشرين وأربعمائة بمرو . (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ١٧١ ، وفيات الأعيان : ٣ / ٣٥٠ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٨٦) .

(٤) محمد بن داود بن محمد الداودي ، أبو بكر ، تلميذ أبي بكر القفال ، وحقق ا بن السبكي أن الداودي هو الصيدلاني ، وعلق على « مختصر المزني » شرحاً مسمى عند الخراسانيين بطريقة الصيدلاني ، لأنه علقه على طريقة القفال التي كان يسمعها عنه ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ١٤٨ ، ٥ / ٣٤٥) .

(٥) الشيخ أبو حامد ، أحمد بن أبي طاهر محمد بن أحمد الاسفراييني ، الفقيه الشافعي ، انتهت إليه رياسة الدين والدنيا ببغداد ، كثير التلاميذ والأصحاب ، قوي الحجة والبرهان والمناظرة ، كان في أول أمره يحرس الدروب ويطالع العلم في زيت الحرس ، وأفتى وهو ابن ١٧ سنة ، واستمر في الإفتاء إلى أن مات ، كان له مكانة رفيعة ، فكتب إلى الخليفة يهدده بالعزل ، وصُلي عليه بالصحراء للكثرة ، ولد سنة ٣٤٤ هـ ، وتوفي سنة ٤٠٦ هـ ببغداد ، ودفن بداره ، ثم نقل إلى باب حرب سنة ٤١٦ هـ . (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٦١ ، وفيات الأعيان : ١ / ٥٥ ، طبقات الفقهاء : ١٢٣ ، البداية والنهاية : ١٢ / ٢ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٠٨) .

(٦) في العراق : من نسخة ب ، ورقة ١٠٦ / ب ، وفي الأصل : بالعراق .

(٧) أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم بن اسماعيل ، أبو الحسن الضَّبِّيُّ ، المعروف بالمحاملي ، أخذ الفقه عن أبي حامد الاسفراييني ، وله عليه تعليقة تنسب له ، كثير الذكاء والفهم ، درس الحديث وبرع في الفقه ، ودرس في حياة شيخه ، وصنف في المذهب كثيراً ، منها المجموع والمقنع واللباب والأوسط ، وصنف في الخلاف ، ولد سنة ٣٦٨ =

الطبريُّ ، وبقيةُ هذه الطبقة ، انقطع الاجتهاد ، وتخريجُ الوجوهِ في مذهب الشافعيّ ، فلا يعدُّ أحدٌ من بعد هؤلاء صاحبَ وجهٍ في المذهب ، ولا مقالةٍ فيه ، وإنما هم نقلةٌ للمذهب ، وحفظةٌ لكتب مشايخهم ، وناقلون مذاهبَهم ووجوههم ، ويقع التفاوت بينهم بكثرة النقل ، وجَوْدة الحفظ والضَبْط ، وصفاءِ الذهن ، وحِدَّة الخاطر ، ورَكَانةِ النظرِ ، وصحةِ الفكر ، فصارت الطبقةُ المتأخرةُ بالنسبة إلى مشايخهم ذوي الوجوه في المذهبِ ، كمشايخهم بالنسبة إلى من تقدمهم ، وقد رَوَيْنا في كتبنا المصنفة في طبقات (الفقهاء)[1] أن الحنفية كانوا يقولون في زمن الشيخ أبي حامد الاسفراييني : إنه أفقه وأنظر [٥ / ب] من الشافعيّ ، قاصدين بذلك الحطَّ من الشافعي ، مع عظمة الشيخ أبي حامد عندهم ، فإنهم كانوا والشافعية وبقية الطوائف مجتمعين على تقديمه وتفضيله ، فلما سمع الشيخ أبو حامد ذلك بكى ، وقال : أين نحن من تلك الطبقة ، ما نحن وهم إلا كما قال الشاعر :

نَزَلُوا بمكةَ في قبائلِ نَوْفلٍ ... ونزلتُ بالبَطْحاءِ أبعدَ منزلِ[2]

وكان إذا جرى ذكرُ أبي العباسِ بنِ سُرَيْج وعلمِه يقول : نحن نجري مع

= هـ ، وتوفي سنة ٤١٥ هـ ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٤٨ ، وفيات الأعيان : ١ / ٥٧ ، البداية والنهاية : ١٢ / ١٨ ، طبقات الفقهاء : ١٢٩) .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : العلماء .

(٢) وهذه القصة وردت كاملة في كتاب (طبقات الفقهاء ، لأبي اسحاق الشيرازي : ١٢٤) ، ولفظ البيت في الشطر الثاني ، ونزلتَ بالبيداء ، بفتح التاء ، والبيداء بدل البطحاء . وهذا البيت ذكره القالي في (الأمالي : ١ / ٢٠٠ ط مصطفى محمد) ولم يذكر قائله ، وأورده مع بيت آخر في معرض الغزل مع اختلاف اللفظ ، ولفظه :

نزلتْ بمكةَ في قبائلِ نوفلٍ ... ونزلتُ خلفَ البئرِ أبعدَ منزل

حذراً عليها من مقالةِ كاشفٍ ... زربِ اللسانِ يقول ما لم يفعل

ويمكن ترجيح هذه الرواية التي يصف بها محبوبته بأنها نزلت بمكة ، بينما نزل هو خارجها وبعيداً عنها ، والبطحاء هو الأبطح : مكان بين مكة ومنى ، ويسمى المحصب ، والبطحاء في اللغة مجرى السيل إذا جف واستحجر ، أو هو الأرض الصلبة . (انظر : تهذيب الأسماء واللغات : ١ / ١٧ ، ٢٨ ، ٣٨ ، المصباح المنير : ١ / ٧١) .

أبي العباس في ظواهر الفقه ، فأما في بواطنه فلا نجري معه ، وهذا إنصافٌ مستحسنٌ من العلماء في تقديم من تقدَّمَ على من تأخر .

عُدنا إلى ما نحن بصدد وضعه ، وقال الأصحاب : المجتهد في مذهب واحد ، هل له أن يقضي أو يفتي ؟ فيه وجهان[1] .

١٢ - والذي أراه بعد هذا كله أنَّ الاجتهاد المطلقَ أو المقيدَ إنما كان يُشترط في الزمن الأول الذي ما يَعْرى فيه كلُّ إقليمٍ عن جماعةٍ من المجتهدين الصالحين للقضاء والفتوى ، فأما في زماننا هذا ، وقد خلت الدنيا منهم ، وشغر الزمانُ عنهم ، فلا بدَّ من جَزْمِ القول ، والقطعِ بصحة توليةِ من اتصف بصفة العلم في مذهب إمام من الأئمة ، وهو أن يكونَ عارفاً بغالب مذهبه ومنصوصاته وأقواله المُخَرَّجة ، وأقاويل أصحابه ، عالماً بذلك ، جيّدَ الذهن ، سليمَ (الفِطْنة)[2] ، صحيحَ الفكر والفطرة ، حافظاً للمذهب ، صوابُه أكثرُ من خطئه ، مستحضراً لما قاله[3] أئمتُه ، قادراً على استخراج المعاني المفهومة من الألفاظ المنقولة ، عارفاً بطرقِ النظرِ ، وترجيح الأدلةِ ، قيّاساً ، فَهِماً ، فطناً ، قادراً على معرفةِ الأدلة ووضعها وترتيبها ، وإقامتها على الأحكام

---

(١) قال الخطيب الشربيني : وأما المجتهد المقيد بمذهب إمام خاص فليس عليه غير معرفة قواعد إمامه ، وليراع فيها ما يراعيه المطلق في قوانين الشرع ، فإنه مع المجتهد كالمجتهد مع نصوص الشرع ، وليس له أن يعدل عن نص إمامه ، كما لايسوغ الاجتهاد مع النص . (مغني المحتاج : ٤ / ٣٧٧) ، وقال أيضاً : حيث ينفذ قضاء المقلد لقوله تعالى : ﴿ فاحكم بين الناس بالحق ﴾ والحق ما دل عليه الدليل عند المجتهد ، فلا يجوز أن يحكم بغيره ، والمقلد ملحق بمن يقلده ، لأنه إنما يحكم بمعتقده ، فلذلك أجري عليه حكمه ، (المرجع السابق : ٤ / ٣٧٨) ، وقال الرملي : فلا يتولى جاهل بالأحكام الشرعية ولا مقلد ، وهو من حفظ مذهب إمامه ، لكنه غير عارف بغوامضه ، وقاصر عن تقرير أدلته ، لأنه لا يصلح للفتوى ، فالقضاء أولى ، (نهاية المحتاج : ٨ / ٢٣٨) ، وانظر تفصيل قضاء المقلد في (نهاية المحتاج : ٨ / ٢٤٢ ، شرح المحلي : ٤ / ٢٩٨ ، الروضة : ١١ / ٩٩) .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الفطرة .

(٣) في نسخة ف : لمقالة .

المختلَفِ فيها ، متمكناً من ترجيح الأدلة ، بعضِها على بعضٍ ، فالمُتَّصفُ بهذه الصفات هو الذي تصحّ توليتهُ القضاءَ في زماننا هذا ، ولا أقلَّ من ذلك ، ويجبُ القطعُ بنفوذِ أحكامه ، وصحةِ تقليده ، وقبول فتواه ، في هذا الزمن الذي يعزُّ فيه وجودُ مثل مَنْ هذه صفته .

١٣ ـ ثم ينبغي أن يُضمَّ إلى ما ذكرناه من الشروط وفاقاً وخلافاً الكفايةُ اللائقة بالقضاء ، وهي عبارةٌ عن التَشمير والاستقلال بالأمر ومُواتاة النفس على الجِدّ فيما إليه ، وهذا يُضاهي من صفات الإمام النَجْدَة[1] .

١٤ ـ وذكر بعض الأئمة استحبابَ صفاتٍ أخرى ، ظاهرٌ استحبابها ، كسلامة أطرافه ، وبَهْجة صورته ، وزيادة ورعه ، ورَكانة تقواه ، وحسن الأُحْدُوثة عنه ، وخلوّهِ عن الشبهاتِ في الاعتقادات ، وتضلُّعه من علم الشروط والأقضية والحكومات ، فإنها أمرٌ وراء الفقه ، واستمدادُه من علم الأدب المانع من اللَّحْن والسَّقْط[2] ، واتصافُه بكل جميلةٍ تَزيدُه هيبةً [٦ / أ] في النفوسِ وعظمةً في القلوب ، وخُلُوُّه عن كل ما ينقص من قدره ومنزلته في أقواله وأفعاله ، وخَلْوتِهِ وجَلْوتِهِ[3] .

[حكم تولي وقبول القضاء] :

١٥ ـ إذا عرفت هذا ، فالرجل لا يخلو : إمّا إنْ اجتمعت فيه شرائطُ القضاء التي لا تصح توليتُه القضاءَ إلا بها ، أوْ لا :

ـ فإن لم تجتمع فيه لم تصح توليته .

---

(١) في هامش الأصل : قف ، وانظر : الروضة : ١١ / ٩٧ .

(٢) لفظ والسقط من هامش الأصل .

(٣) انظر : الروضة : ١١ / ٩٧ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٧٥ .

- وإن اتصف بها لم يخل إمَّا :

أن لا يوجد في البلد غيرُه فتتعين عليه توليته إذا طُلب والحالة هذه ، ويجب على الإمام أن يُوليه ، فإن امتنع من الإجابة أثم ، وهل للإمام إجباره ؟ فيه وجهان ، أصحهما نعم[1] .

وإن وُجد في البلد غيرُه ، وهو مساوٍ له ، فهو فرْضُ كفايةٍ في حق كل واحدٍ منهم ، فإذا وُلِّيَ سقطَ الفرضُ عن نفسه وعن الباقين ، وهو فرض عين على جميعهم ، على معنى أنهم إن امتنعوا كُلُّهم أثموا .

فلو امتنع واحدٌ منهم هل يُجبره الإمامُ ؟ فيه وجهان مرتبان على المتعَيِّن عليه ، وأَوْلى بأنْ لا يُجبره ، وهو أصحُ الوجهين[2] .

وتوجيه الإجبار هو أنا لو قلنا : إنه لا يُجبر واحداً منهم تواكلوا ، وأدّى إلى امتناع الجميع[3] .

وقال بعض المصنفين في المذهب : من يجب عليه تولية القضاء هو الرجلُ العالمُ الأمينُ ، الذي ليس في البلد سواه ، ومن (يُستحبُ)[4] له توليته هو العالم الفقير ، أو الخامل الذكر فيستحب له ذلك ، لتجري عليه كفايته من

---

(١) قال قليوبي : ويجبر عليه إن امتنع ، ولا يفسق بامتناعه ، (حاشية قليوبي على شرح المحلي : ٤ / ٢٩٦) ، وقال الخطيب في (مغني المحتاج : ٤ / ٣٧٣) : فإن امتنع عصى ولا يفسق ، وللإمام إجباره على الأصح ، وانظر تفصيل ذلك في (أدب القاضي ، للماوردي : ١ / ١٤٤ وما بعدها ، الروضة : ١١ / ٩٨ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٣٦) .

(٢) قال الأسيوطي : وإن امتنع الجميع أثموا ، والصحيح أن الإمام يجبر أحدهم ، (جواهر العقود ، له : ٢ / ٣٥٥) ، وذكر الشيخ أبو اسحاق الشيرازي الوجهين ولم يرجح . (المهذب : ٢ : ٢٩١) ، وقال الرملي في (نهاية المحتاج : ٨ / ٢٣٦) : فإن امتنع الصالحون أثموا ، وأجبر الإمام أحدهم .

(٣) انظر أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ١٤٥ .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : استحب .

بيت المال ، وينتشر علمه بذلك ، وينتفع الناس به ، ومن يُستحب له تركه هو المُكْفَى في معاشه ودنياه ، الوجيه بين الناسِ ، (وفي مرتبته)[1] المنتشر علمه ، فالأولى له تركُه ، لأنه أسلم له ، ومن يحرم عليه فعلُه هو الجاهلُ ، أو العالم العاجز عن إقامة وظائفه ، أو الفاسق .



(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : في مرتبته .

الفصل الثالث
في
كيفية عقد القضاء

ونقدم عليه أموراً :

أولها : [حكم القضاء التكليفي] :

١٦ ـ أنَّ القيامَ بالقضاءِ بين المسلمين ، (والانتصارَ)[١] للمظلومين ، وقطعَ الخصومةِ الناشئة بين المتخاصمين ، منْ أركان الدِّين ، وهو أهمُّ من الفروض المنعوتة بالكفاية ، فإذا قام به الصالحُ له سقط الفرض فيه عن الباقين ، وإن امتنعَ كلُّ الصالحين له (أثموا)[٢] ، وقد ذكرنا ذلك[٣] ، وذكرنا أخبار المتعيّنين له ، والخلاف في إجبار من لم يتعين له فيما إذا اجتمع صالحون له .

وثانيها : [ولاية المفضول] :

١٧ ـ أنَّ الإمام إذا وَّلى حاكماً في بلدة ، وفيها من هو أفضل منه ، هل تنعقد ولايةُ المفضولِ ؟ فيه خلاف حكاه القاضي حسينٌ وإمامُ الحرمين[٤] ، قال

---

(١) اللفظ من نسخة ف . وفي الأصل « الانتصار » ، وقد سقطت الواو منها .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : حرجوا .

(٣) صفحة ٨٢ من هذا الكتاب .

(٤) هو أبو المعالي ، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن عبد الله بن يوسف بن محمد بن يوسف بن حيُّويه الجويني =

الإمامُ : فيه خلافٌ بين الأصوليين ، والأكثرون قالوا : يجوزُ ، وهو المختارُ[1] ، وإنْ (مَنَعْناه)[2] في الإمامةِ ، وقال الماورديُّ : تنعقدُ ولايةُ المفضولِ في القضاء ، بخلاف الإمامة على أحد الرأيين[3] .

وثالثها : [طلب القضاء] :

١٨ ـ في طلبِ القضاء : قال الشيخ أبو نصر[4] : قال بعضُ [٦ / ب] أصحابنا يُستحب له طلبه ، حتى يجوزُ له أنْ يبذلَ في مقابلته عوضاً[5] ،

= الفقيه الشافعي ، المعروف بإمام الحرمين ، أعلم المتأخرين من أصحاب الشافعي ، المجمع على إمامته ، وكان عالماً في الأصول والفروع والأدب وغير ذلك ، كثير العبادة ، جمع مصنفات والده وزاد عليها ، ودرّس مكانه ، وجاور بمكة وبالمدينة أربع سنين يدرس ويفتي ويجمع طرق المذهب ، ولذلك سمي بإمام الحرمين ، وبنى له نظام الملك المدرسة النظامية في نيسابور ، فدرس فيها ، مصنفاته كثيرة ، أهمها نهاية المطلب في دراية المذهب في الفقه ، والورقات في أصول الفقه ، والشامل في أصول الدين ، والبرهان في أصول الفقه ، ولد سنة ٤١٩ هـ ، ومات ودفن بنيسابور سنة ٤٧٨ هـ ، وإذا أُطلق لفظ الإمام في كتب الشافعية فالمقصود إمام الحرمين الجويني ، (انظر : وفيات الأعيان : ٢ / ٣٤١ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٥ / ١٦٥ ، البداية والنهاية : ١٢ / ١٢٨ ، العقد الثمين في تاريخ البلد الأمين : ٥ / ٥٠٧) .

(١) وهو الراجح في المذهب إذا بذل له بلا طلب ، وتنعقد توليته كالإمامة العظمى ، وفي قول لا يجوز له القبول ، فلا تنعقد توليته وتحرم ، لخبر البيهقي والحاكم : « من استعمل عاملاً على المسلمين وهو يعلم أن غيره أفضل منه » وفي رواية « رجلاً على عصابة ، وفي تلك العصابة من هو أرضى لله منه فقد خان الله رسوله والمؤمنين » قال الحاكم : هذا حديث صحيح الاسناد ، ولم يخرجاه ، وسكت عنه الذهبي ، (انظر : نهاية المحتاج : ٧ / ٢٣٦ ، المهذب : ٢ / ٢٩١ ، حاشيتا قليوبي وعميره : ٤ / ٢٩٦ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٧٣ ، المستدرك : ٤ / ٩٢ ، الفتح الكبير : ٣ / ١٥٨) .

(٢) اللفظ من نسخة ف ونسخة ب ، ورقة ١٠٧ / أ ، وفي الأصل : معناه .

(٣) أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ١٤٤ ، ٦٤٣ ، وعبارته : « فإن عدل عن الأفضل إلى المقصر انعقدت ولايته » ، وفي نسخة ف : لا تنعقد ، وهو خطأ في النسخ .

(٤) عبد السيد بن محمد بن عبد الواحد بن أحمد بن جعفر ، أبو نصر بن الصباغ ، انتهت إليه رياسة الأصحاب ، وكان ورعاً تقياً صالحاً زاهداً فقيهاً أصولياً محققاً ، صنف الشامل والكامل وعدة العالم والفتاوى وغيرها ، أول من درس بالمدرسة النظامية في بغداد ، وكان يضاهي أبا اسحاق الشيرازي ، ولد سنة ٤٠٠ هـ ، وتوفي سنة ٤٧٧ هـ ، ودفن بداره ثم نقل إلى دار حرب ، وكان قد كف بصره قبل وفاته بسنين . (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٥ / ١٢٢ ، وفيات الأعيان : ٢ / ٣٨٥ ، البداية والنهاية : ١٢ / ١٢٦ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٩٩) .

(٥) انظر : نهاية المحتاج : ٨ / ٢٣٦ ، الأحكام السلطانية ، الماوردي : ٧٤ .

ومنهم من أبى ذلك[1] ، ومن يجبُ عليه توليتُه يجب عليه طلبُه ، وعلى الإمام توليته .

وقال إمام الحرمين : متى فرض القيامُ بالقضاء على حقه كان في مرتبة الجهاد ، بل أفضل منه[2] ، ومِوجب ما ذكرناه التعرض له وطلبه ، ولكنْ يُعارضه أنَّ الاستمكان من مناصبِ الولايات يُورِّط النفسَ الزكيةَ في الوَرَطات ، ويستخرج منها خبايا البليّات ، والنفس أمارةٌ بالسوء ، وطالبةٌ (للهوى)[3] والشهوات ، وباعثةٌ على التوَرُّطِ في الشبهاتِ ، وحاملةٌ على الوقوعِ في الهَلكات ، فسلوكُ طريقِ السلامةِ أولى .

ثم قال القاضي حسين : إذا كان في الناحية منْ هو أصلحُ للقضاء ممن يطلبه ، (فالطلب)[4] من الطالب حرامٌ ، ويُكره للإمام توليتُه ، مع أنَّه لو ولاه انعقد[5] ، (وإنْ)[6] لم يكن في الناحية أصلحُ منه ، فلا يُكره له الطلبُ ، بل يستحبُ له أنْ يتعرضَ ويطلبَ ، ولو لم يكن في الناحية من يصلحُ غيره ، افترِضَ عليه أن يتعرضَ .

هذا كلامُ القاضي ، ونقله الإمام عنه ، ثم قال : قوله : إذا كان في الناحية منْ هو أصلحُ للقضاءِ ممن يطلبه فطلبُ الطالبِ حرامٌ ، قال الإمام : هذا ، مع تصحيح نصبِ المفضول ، خطأ ، فإنَّه إذا جازَ النصبُ (أو صح)[7] ،

---

(١) فصّل الإمام النووي حكم هذه المسألة في (الروضة : ١١ / ٩٤) .

(٢) ذهب الغزالي إلى تفضيله على الجهاد للإجماع على فرضيته مع الاضطرار إليه ، (انظر : نهاية المحتاج : ٨ / ٣) .

(٣) في الأصل : اللهو .

(٤) اللفظ من نسخة ف ونسخة ب ، ق ١٠٧ / أ ، وفي الأصل : والطلب .

(٥) وهذا ما عليه المحققون في المذهب كالنووي . (انظر : نهاية المحتاج : ٨ / ٢٣٦ ، أدب القاضي ، للماوردي : ١ / ١٤٦) .

(٦) من نسخة ف ، ونسخة ب ، ق ١٠٧ / أ ، وفي الأصل : فإن .

(٧) من نسخة ب ، ق ١٠٧ / ب ، وفي الأصل : وصح .

فطلبُ الجائزِ الصحيح كيف يَحْرم ؟ فالوجهُ الاقتصارُ على كراهةِ الطلب[1] ، من المفضول مع وجود الفاضل[2] .

[حكم قبول التعيين] :

١٩ ـ ثم قال الإمام : والحق أنَّ الامامَ إذا نصبَ واحداً من المتماثلين لم يُكره له التقليدُ ، إلا إذا كان يَغلبُ عليه استشعارُ الميلِ عن موافقته الشريعة ، فإذا كان كذلك ، وتمكن من الاعتذار عن الإجابة بعذر ، فالذي يقتضيه الدين الاجتنابُ ، فإنَّ الأمرَ ، وإن كانَ عظيمَ القَدْرِ ، بالغَ الأجر ، فالخطرُ أعظم ، وإن لم يغلب استشعارُ المخالفة من نفسه ، وقلّده الإمام بَدْءاً من غير طلب (منه)[3] ، فينبغي أنْ يتقلدَ جرياً على قولِ المصطفى صلواتُ الله عليه وسلامه : « إنْ أُدِّيتها مِنْ غير مسْألةٍ أُعِنْتَ عليها »[4] .

وذكر العراقيون وجهين في وجوبِ الإجابة عند تقليدِ الإمام ، وهذا فيه

---

(١) زادت نسخة ب ما يلي : وما ذكره الإمام ممنوع فقد يمنع الطلب وتستحب الاجابة ، كما في السؤال بوجه الله تبارك وتعالى ، فإنه يكره السؤال به ، وتستحب إجابة السائل ، ق ١٠٧ / ب ، ويظهر أن هذا التعليق من الناقل ، وليس من أصل الكتاب ، ولهذا وضعته في الهامش .

(٢) هما قولان في المذهب ، والأصح كراهة الطلب ، مع انعقاد التولية ، قال النووي والرملي : فإن كان غيره أصلح ندب للأصلح طلبه وقبوله ... وكان الأصلح يتولاه . فللمفضول القبول إذا بذل له بلا طلب ، وتنعقد توليته كالإمامة العظمى . وقيل لا يجوز له القبول . فلا تنعقد ولايته وتحرم .. ويكره طلبه ، وقيل يحرم . وقال الماوردي : فيه خمسة أحوال : مستحب ومحظور ومباح ومكروه ومختلف فيه ، (انظر : نهاية المحتاج : ٨ / ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، المهذب : ٢ / ٢٩١ ، أدب القاضي ، للماوردي : ١ / ١٤٦ ، ١٥١ ، الروضة : ١١ / ٩٣) .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٤) هذا جزء من حديث رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن عن عبد الرحمن بن سَمُرة ، وتكلمته من البخاري : « لا تسأل الإمارة ، فإنك إن أُعطيتها من غير مسألة أعنت عليها ، وإن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها ، وإذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذي هو خير وكفر عن يمينك » ، (انظر : صحيح البخاري بحاشية السندي : ٤ / ١١١ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ١١ / ١١٦ ، سنن أبي داود : ٢ / ١١٨ ، تحفة الأحوذي : ٥ / ١٢٦ ، سنن النسائي : ٨ / ١٩٨) ، وروى ا بن ماجه الشطر الأخير من الحديث عن عدي بن حاتم ، (سنن ابن ماجه : ١ / ٦٨١) .

إذا كان تقليدَه جازماً ، أما إذا كان على خِيَرَة فلا وجوبَ ، ثم الوجهان فيه إذا لم يستشعر المخالفة من نفسه ، فإن استشعرها فالجِداد[1] ما وجد إليه سبيلا .

[حالات طلب القضاء] :

٢٠ ـ هذا قولنا في النَصْبِ مع تساوي من يصلح ، أما الطلب : فللطالبِ ثلاثةُ أحوال :

الأولى : أنْ يعلَمَ من نفسه اغتلام[2] شَهواته ، فالكراهةُ شديدةٌ في حقه ، (إلا أنْ يقصدَ الخيانةَ فيحرمُ)[3] ، فإن قيل : انتهى الأمر في حقه إلى التحريم ، قلنا : إنْ طلبَ وأضمر ما ذكرناه فيحرمُ عليه الطلبُ ، والحالة هذه ، وإن طلب [٧ / أ] ولم يقصد الخيانة وقصد التَوَقِّي جهدَه ، فيكره .

الحالة الثانية : أنْ لا يحسَّ من نفسه هَيَجاً ، ولكنه لم يختبر نفسَه قديماً في مخامرة الأمور العظيمة ، فهو على خطرٍ من أمره ، فإذا أضمرَ التقوى وهو فقيرٌ ، يبتغي كفافاً من رزقٍ يدرُّ عليه فلا يكره له الطلب ، وإن كان له كفافٌ ، وهو على غَرَر[4] من أمره فتطلق الكراهة في حقه ، ولكنها لا تشتد .

الحالة الثالثة : أن يكون قد اختبر نفسَه في عظائم الأمورِ ، ولم يجد هيجاً ولا مجاوزةَ حدٍ ، فمن أصحابنا من قال : يكرهُ له الطلب ، والرأي عندنا نفي الكراهةِ في هذا المقام[5] ، ثم مهما نفينا الكراهة ، هل يستحب الطلب ؟ فيه وجهان : أقيسها نعم .

---

(١) اللفظ إما من جَدّ أوجَدّ ، وهما بمعنى واحد ، فالجِداد والجُداد صرام النخل ، وجَذه أي قطعه ، والجُداد والجِداد القطع ، ورجل حديد وحُداد وحِداد يكون في اللسن والفهم والغضب ، ومعنى النص أن الرجل الكفء إذا قلده الإمام القضاء واستشعر من نفسه مخالفة أحكام الله تعالى فالقول الجازم هو ما وجد إليه مخلصاً وسبيلاً عند الله تعالى ، (انظر : القاموس المحيط : ١ / ٢٨١ ، ٢٨٦) .

(٢) غَلِم غَلَما وغُلمة بالضم واغتلم : كان منقاداً لشهواته ، (القاموس المحيط : ٤ / ١٥٧) .

(٣) ما بين القوسين زيادة من نسخة ب ، ورقة ١٠٧ / ب .

(٤) في نسخة ب : عوز . ق ١٠٧ / ب .

(٥) رجح النووي الكراهة ، وقال : يكره له الطلب والقبول على الصحيح والله أعلم . وأرى ترجيح قول =

فـإن قيـل[1] : إذا أطلقتم التحـذيرَ ولم تُخَصِّصُـوهُ بشخصٍ انكفَّ النَّـاسُ قاطبة عن هذا الأمر المهم ، فإنهم يتواكلون ويتخاذلون فيتعطل الأمر !

قلنا : لا مخافة من هذا ، والمحذورُ التكالبُ على العملِ والازدحـامُ عليـه ، فإنَّ النفوسَ تستحثُّ أربـابَها على طلبِ أسبـابِ الاستعلاء ، فمن حِكمـة الشرع تغليبُ التحذير ، والجبلاّت تغالبُه ، حتى يتوقعَ منه اعتدالٌ في الإقدام .

[كيفية عقد القضاء] :

٢٢ ـ فهذا منتهى الكلام في هـذه الأمور ، والكلامُ بعـدَه في كيفيـة عقـد القضاء ، والنظر في مقـدمـة العقـد ، ثم في صفتـه ، (ثم في لزومـه)[2] ، ثم في كيفية التوليةِ ، وتوافقِ الإمام والقاضي في المذهب ، وتخصيصِ التوليـة ، والحكمِ بمذهبه أو مذهب الحاكم ، ثم في جواز استنابة القاضي نـائبـاً عنـه ، ثم في تقليـد قاضيين في بلد واحد ، ثم في أخذِ القاضي الرزقَ على القضاء

النظر الأول : في مقدمته

[معرفة المولّي توفر الشروط في المولّى] :

٢٣ ـ وهو أنْ يكونَ المولّي عـارفـاً بتكامـلِ شروطِ القضـاءِ في القـاضي ، فَيكْتفي بعلمه ، وإن جهلها سأل عنهـا[3] ، فـإن استفـاضَ الخبرُ بمعرفتـه كانت الاستفاضةُ أوكدُ من الشهـادة ، فلم يحتجْ معهـا إلى الاختبـار ، وإنْ لم يستفض

= المصنف بنفي الكراهة لمن توفرت فيه الشروط وأمن على نفسه ، وذلك أن إقامة العـدل ومنع الظلم والفصل بين النـاس من الواجبات الشرعية التي قام بها الأنبياء والمرسلون ، وهي من المناصب الجليلـة التي يحبهـا الله تعـالى ﴿ إن الله يحب المُقسِطينَ ﴾ والقيـام بـالواجب الشرعي فيـه ثـواب وأجر ، وليس فيـه كراهـة وإثم ، وهـذا مـا رجحـه المـاوردي وابن فرحون ، (انظر : نهاية المحتاج : ٨ / ٢٣٧ ، أدب القضاء ، الماوردي : ١ / ١٥٠ ، تبصرة الحكام : ١ / ١٥ ، الروضـة : ١١ / ٩٣) .

(١) في الأصل : قال : فإن قيل .

(٢) ما بين القوسين من هامش الأصل .

(٣) في نسخة ب : سأل عنه ، ورقة ١٠٧ / ب .

جازَ الاقتصارُ فيه على شهادة عدلين بتكامل[1] شروطِ القضاءِ فيه ، ثم يختبرُه المولي ليتحققَ[2] باختباره صحة معرفته ، وهل يكونُ اختبارُه بعدَ الشهادة واجباً أو مستحباً ؟ فيه وجهان .

[اختبار المولّى] :

٢٤ - فلو لم يشهدْ شاهدان بتكاملِ شروطه ، لزمه اختباره قبلَ تقليده في كل شرط معتبر ، هذا ما ذكره الماوردي[3] ، ولا بد فيه من تفصيل .

أما عدالتُه فإنْ كانت مشهورةً ، والامامُ يعلمُها ، فلا حاجةَ إلى شهادةِ بذلك ، وإن لم يكن مشهوراً بها في هذا البلد ، ولا (يعلمها)[4] الإمام فلا بدّ من شاهدين يشهدان بعدالته ، وكذلك إن جهلت حريتُه ، ولم يعلمها الإمام فلا بدَّ من ثبوتها بالبيِّنةِ ، وبقيةُ الشروطِ تُختبرُ بطُرُقها ، فبصره وسمعه [٧ / ب] محسوسان ، وكتابتُه تظهر بالامتحان ، وأما علمُه بالأحكام الشرعية فاختبارُه أنْ يجمعَ له الإمامُ العلماءَ في مجلس ، ويناظروه بين يديه ، ويسألوه المسائلَ التي يَظهرُ بها علمُه .

النظر الثاني : في صفة العقد

[صيغة العقد] :

٢٥ - وهو اللفظُ في الحضورِ ، والمكاتبةُ في الغيبةِ ، ولا يجوزُ الاقتصارُ على

---

(١) في نسخة ب : لتكامل ، ق ١٠٨ / أ .

(٢) في نسخة ف : ليعلم .

(٣) الكلام السابق ، ابتداء من مقدمته ، اختصار بتصرف من كلام الماوردي ، انظر أدب القاضي له : ١ / ١٧٥ - ١٧٦ ، ورجح محقق أدب القاضي للماوردي لفظ اختياره ، والصحيح ما أثبتناه في المتن ، فالكلام عن مشروعية الاختبار بعد الشهادة ، وكلام الماوردي بعده يؤكد خلاف ما اختاره المحقق ، فقال : « على وجهين : أحدهما أنه استحباب يستظهر به ، لأن صحة الشهادة توجب العمل بها ، والوجه الثاني أن اختباره واجب لجواز أن يطرأ عليه نسيان أو اختلال » ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٢٣ .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : علمها .

المكاتبة في الحضور[1] .

ولفظ العقد ينقسم إلى صريح ، وكناية . ومختلف فيه .

فالصريحُ قوله : قلّدتك القضاءَ ، أو وليْتك القضاءَ ، أو استخلفتك ، أو استنبتك[2] .

والكناية قوله : اعتمدتُ عليك في القضاء ، أو عوَّلت عليك ، أو عَهدْتُ إليك ، أو وكّلت إليك ، فلا ينعقد بهذه الكنايات حتى يُقرنَ بها لفظٌ يزول به الاحتمال ، كقوله : فاحكم ، أو فانظر ، أو فاقضِ .

والمختلف فيه قوله : فوّضت إليك القضاء ، أو رددت إليك القضاء ، أو جعلتُ إليك ، وأسندتُ إليك ، ففيها وجهان ، أحدُهما : أنها صريحة في التقليد ، والثاني : أنها كناية ، وهو الأصح[3] .

ثم لا بدَّ في التولية من ذكر البلد الذي يُقلدُه القضاءَ فيه ، ومن صفةِ الحكم من عمومٍ وخصوصٍ ، فإن أطلقَ كان على العمومِ دون الخصوصِ في المنازعات ، دون العمومِ في الولايات .

وتمامُ العقد معتبرٌ بقبولِ القاضي ، فإنْ كان حاضراً ، كان قبولُه بالقولِ على الفور ، فيقول : قبلتُ أو تقلدتُ ، وإنْ كان غائباً جاز قبولُه على

---

(١) في نسخة ب زيادة وهي : ويكفي ذلك في الغيبة ، ق ١٠٨ / أ ، ويرجع ايثار اللفظ على المكاتبة في الحضور إلى أن اللفظ هو سيد التعبيرات في الفقه الاسلامي . وهذه السيادة ليست مقصورة على العقود الجارية بين الأفراد بل تشمل صكوك التعيين في إطار علاقة الدولة بالأفراد كما هو ظاهر في المتن ، (انظر : التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ف ٢٧٠ وما بعدها . ص ٢٧٠ ، وما بعدها ، للدكتور وحيد سوار) .

(٢) في نسخة ب : أنبتك ، ق ١٠٨ / أ .

(٣) هذا نقل حرفي تقريباً من كتاب (أدب القاضي ، للماوردي : ١ / ١٧٨) بينما جعلها الماوردي كناية قولاً واحداً في كتابه « الأحكام السلطانية : ٦٩ » ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٢٣ .

التراخي ، فلو شرع في النظرِ قبل القبول ، هل يكونُ شروعه فيه قبولاً ؟ فيه وجهان[1] .

ثم لصحة قبوله شرطان : أحدُهما : علمُ المتولي باستحقاقه توليةَ القضاء ، فإن لم يعلم استحقاقَه لها لم يصح قبولُه[2] ، والثاني : علمُهُ من نفسِه استكمالَه الشرائطَ المعتبرة في القضاء ، فإنْ علم عدم استكماله لها ، لم يصح قبولُه ، وكان بالقبول مجروحاً .

النظر الثالث : في لزوم العقد

[لزوم العقد] :

٢٦ ـ قال الماوردي : القضاءُ من العقودِ الجائزة في حق المَولي والمُولَّى دون اللازمةِ ، لأنه استنابة كالوكالة ، فلا يلزم في حقِ واحد منهما ، فللمولي أن يعزِلَه متى شاء ، والأولى أنْ لا يعزِلَه إلا لعذرٍ ، وللمُولَّى عزلُ نفسه متى شاء ، والأولى له أن لا يعزلَ نفسَه إلا لعذرٍ[3] ، فلو عزله المُولِّي ، ولم يُعلمه ، فحكم قبل العلم ، هل ينفذ حكمه قبل العلم ؟ فيه وجهان[4] ، ومتى عزلَ الحاكمُ

---

(١) الوجه الأول الجواز ، ويكون كالنطق ، والوجه الثاني عدم الجواز حتى ينطق بالقبول ، لأن الشروع في النظر فرع لعقد الولاية ، فلم ينعقد القبول بالشروع ، (انظر : الأحكام السلطانية : ٦٩ ، أدب القاضي : ١ / ١٨٠ ، الروضة : ١١ / ١٢٤) .

(٢) عبارة الماوردي في (أدب القاضي : ١ / ١٧٩) : أن يكون المولي عالماً بأن المولَّى مستحق للولاية التي استنابه فيها ، فإن لم يعلم استحقاقه لها لم يصح قبوله .

(٣) نقل المصنف عبارة الماوردي بتصرف ، (أدب القاضي : ١ / ١٨١) ، وانظر : الأحكام السلطانية : ٧٠ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٤٤٥ .

(٤) الراجح أنه لا ينعزل قبل العلم ، وينفذ حكمه ، قال النووي ، والمذهب أنه لا ينعزل قبل بلوغه خبر عزله ، (نهاية المحتاج : ٨ / ٤٤٥) ، وفي قول من الطريق الثاني أنه ينعزل كأرجح القولين في الوكيل ، (شرح المحلي : ٤ / ٢٩٩ ، الروضة : ١١ / ١٢٦ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٨٢) . قارن المذهب الحنفي حيث يعد علم القاضي المعزول بالعزل شرطاً لصحة العزل بالإجماع ، وكذا يشترط علم السلطان بعزل قاض نفسه (أي استقالته) (راجع : د . وحيد سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ف ١٦١ ، ص ١٥٣ هامش (٤) و (٦) وانظر بحثاً قيماً في الكتاب =

نفسَـه ، ثم حكم لم ينفـذْ حكمـهُ ، أمـا أهـلُ عملِـه فعليهم الطـاعـةُ لــه ، والتزامُ أحكامِه ، فإنْ امتنعوا لعذرٍ أوضحوه ، وإنْ كان لغيرِ عذرٍ حُوربوا[1] .

٢٧ ـ ثم علمُهم بولاية الحاكم عليهم يختلف بقربهم وبعدهم ، فـإن بعـدوا ولم يشع عندهم ، أشهد المولِّي عليه شاهدين ، فلو لم يُشهد ، وورِدَ القاضي عليهم ، وأخبرهم بولايتـه ، فـإن لم يُصـدّقوه لم يلـزمْهم قبـولُ أحكامِـه ، وإنْ [٨ / أ] صَدّقوه هل تلزمهم طاعتهُ ؟ فيه وجهان[2] .

هذا إذا كان (البلـد)[3] بعيـداً ، أمـا إذا كان قريبـاً ، وشـاع الخبرُ بينهم بولايته ، هل تكفي الإشاعةُ ، دون الشهادةِ ؟ فيه وجهان[4] .

[عزل القاضي] :

٢٨ ـ هذا ما ذكره الماوردي[5] ، وهو كما قاله إلا في جوازِ عزلِ القاضي من غيرِ سببٍ ، وجعلِه القضاءَ عقداً جـائزاً كالوكالـة ، فـإنّ الأصحـاب ذكروا فيـه

= المذكور حول تقسيم التعبيرات في الفقـه الإسـلامي إلى تعبير متلقى لا ينتـج أثره إلا بعلم المخـاطب بـه ، وتعبير ملقى ينتج أثره بمجرد صدوره من صاحبه ، (التعبير عن الإرادة ، المرجع السابق ، ف ٨٢ وما بعدها ، ص ٧١ وما بعدهـا)

(١) عبارة الماوردي : « ارهبوا ، فإن أقاموا على الامتناع حوربوا » . (أدب القاضي ، له : ١ / ١٨١) .

(٢) قـال المـاوردي : أحـدهـا تلزمهم ، لأنهم اعترفوا بحق عليهم ، والوجـه الثـاني لا تلـزمهم ، لـما يتضمنهـا من إقرارهم على المولي ، (أدب القاضي : ١ / ١٨٢) ، وقال الرملي : فإن صدقوه لزمهم طاعته في أوجه الوجهين ، (نهايـة المحتاج : ٨ / ٢٥٠) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بلداً .

(٤) الراجح كفاية الإشاعة وهي الاستفاضـة لأنهـا آكـد من الشهـادة ، ولأنـه لم ينقل عن النبي ﷺ ، ولا عن الخلفاء الراشدين إشهاد ، والوجه الثاني : منع الاستفاضة ، لأن التولية عقد ، والعقود لا تثبت بالاستفاضة ، كالإجـارة والوكالـة ، قـال النووي : وتكفي الاستفـاضـة في الأصح ، وذكر أبو إسحاق الشيرازي والمـاوردي الوجهين ، (انظر : نهاية المحتـاج : ٨ / ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، مغني المحتـاج : ٤ / ٣٨٦ ، حـاشيـة قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠١ ، المهـذب : ٢ / ٢٩٢ ، أدب القاضي ، للماوردي : ١ / ١٨٢ وما بعدها) .

(٥) الكلام كله اختصار عن الماوردي ، ولكنه اختصار مفيد ، فالعبارة هنـا أوضح وأسهل وأبعـد عن التكرار ، (قارن : أدب القاضي ، للماوردي : ١ / ١٨٠ ـ ١٨٣) .

تفصيلاً وخلافاً ، قال الإمام : للإمامِ عزلُ القاضي إذا رَابَهُ[1] أمرٌ ، ويكفي فيه غلبةُ الظنِ بذلك ، فلو لم يظن غيرَ الخير ، قال الأصحاب : إن عزله بأفضل منه نفذ ، وبمن هو دونه في الصلاحية لا ينْفذ في ظاهر المذهب ، وبمثله فيه وجهان ، قال الإمام : وإطلاق القول على هذا النسق غفْلةٌ ، فأقول : حقٌ على الإمام ألا يُصدرَ شيئاً من أمور المسلمين إلا عنْ رأيٍ (ثاقبٍ)[2] ، ونظرٍ في الصلاح ، فإنْ عزلَ القاضي بمن هو دونه لمصلحةٍ رآها نفذ العزلُ ، ولا يجوز تقديرُ خلافٍ فيه ، وإن فُرض عزلٌ مطلقٌ فلا اعتراض عليه مهما أمكن تطرق إمكان التطرق[3] ، ولا يجوز أن يكون خلاف .

ولو عزله (لا)[4] عن نظر ، هل ينفذ عزله ؟ فيه تردد لبعض المنتمين إلى الأصول ، والذي أقطعُ به أنه ينفذُ عزله[5] ، ولكن (يَتعرّضُ)[6] صاحبُ الأمرِ لخطرِ الإثم . ولو عزل القاضي نفسَه انعزل ، فهذا ملخص ما ذكره الإمام .

وقال الشيخُ أبو عليّ في « شرحه الكبير » : إذا ولى الإمامُ قاضياً ، إن لم يتعين عليه فعزله بمثله ، أو بمن هو أصلحُ منه ، قال الشيخُ القفَّال : لا ينعزل ، لأنه صار قاضياً من جهة اللهِ تعالى ، وقال بعض شيوخنا :

---

(١) في نسخة ف : رابه منه ، وفي نسخة ب : رأى منه ، ق ١٠٧ / ب ، ومعنى رابه أمر أي ارتاب به وشك فيه .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، ومن نسخة ب ، ق ١٠٨ / ب ، وفي الأصل : ثابت .

(٣) هذا ما أيده النووي ، (انظر : نهاية المحتاج : ٨ / ٤٤٥ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٨١ ، الروضة : ١١ / ١٢٦) .

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف ، ومن نسخة ب ، ق ١٠٨ / ب .

(٥) وهو ما رجحه النووي عندما قال : لكن ينفذ العزل في الأصح ، (نهاية المحتاج : ٨ / ٤٤٥ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٨١ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٢٩٩ ، الروضة : ١١ / ١٢٦) .

(٦) اللفظ من نسخة ف ومن نسخة ب ، ق ١٠٨ / ب ، وفي الأصل : ولكن يعترض عليه .

ينعزل[1] ، وعلى هذا لو أُخبرَ الإمامُ أنَّ قاضي بلد كذا قد مات ، فولى غيره ، ثم بان كونهُ حياً ، لم ينعزل الأولُ عند القفال ، وعلى الوجه الثاني ينعزل[2] ، وعلى هذا لو عزل القاضي نفسه ، إن تعين عليه ، لم ينعزل ، وإن لم يتعين عليه ، هل ينعزل ؟ فيه وجهان ، أصحُّها نعم[3] .

النظرُ الرابع[4] : في توافق الإمام والقاضي في المذهب ، وتخصيص المذهب

[توافق الإمام والقاضي في المذهب] :

٢٩ ـ أجمع العلماءُ على أنه لا يُشترط توافقهما في المذهبِ ، بل إنْ (كانا)[5] مجتهدين على الإطلاق ، فالقاضي يحكمُ باجتهاده في المجتهداتِ ، سواءٌ وافقَ اجتهادُه اجتهادَ الإمام أو لا ، وإنْ كانا مجتهدين على التقييد ، فيجوزُ للإمامِ الشافعي أن يولي القضاءَ الحنفيَّ ، وبالعكس[6] .

٣٠ ـ وليس للإمام أنْ يشترطَ على الحاكمِ الحكمَ بخلافِ اعتقاده ، أو خلافِ اجتهاده[7] ، إذا جوَّزْنا قضاء المجتهد المقيد .

---

(١) الراجح أنه ينعزل خلافاً للقفال ، (انظر : نهاية المحتاج : ٨ / ٤٤٥ ، والمراجع في رقم ٦ ص ٩٤) .

(٢) انظر بيان ذلك في (مغني المحتاج : ٤ / ٣٨٣ ، الروضة : ١١ / ١٢٦)

(٣) في نسخة ف زيادة : نعم ينعزل .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، بينما جاء في الأصل : الثاني ، وهو خطأ .

(٥) اللفظ من نسخة ب ، ق ١٠٩ / أ ، وفي الأصل : كان ، وفي نسخة ف : إن كان مجتهداً .

(٦) أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ١٨٤ ، الأحكام السلطانية ، الماوردي : ٦٧ ، الروضة : ١١ / ١٠٠ .

(٧) وهذا رد صريح على هؤلاء الذين يصابون بنوبة عصبية ويستحوذ عليهم الاستغراب عندما يسمعون كلمة المذاهب الإسلامية ، وذلك أن الالتزام بمذهب معين ، وتقليد إمام المذهب إنما هو بالنسبة للعامي أو الجاهل أو من في حكمها ، ويريد معرفة أحكام الشريعة ولا يستطيع أن يستمد ذلك من الكتاب أو السنة ، فإن توفر له العلم والقدرة والملكة العلمية فلا يجوز له التقليد ، ولا يجوز للإمام أن يشترط ذلك عليه ، وعبارة الفقهاء قاطعة في هذا ، وقد بينه الشيرازي باختصار وتعليل في (المهذب : ٢ / ٢٩٢) ، فقال : « ولا يجوز أن يعقد تقلد القضاء على أن يحكم بمذهب بعينه ، لقوله عز وجل : ﴿ فاحكم بين الناس بالحق ﴾ والحق ما دل عليه الدليل ، وذلك لا يتعين في مذهب =

فلو كان الإمام شافعياً ، فشرط على نائبه الحنفيّ أنْ يحكمَ على مذهبِ الشافعيّ ، فيحكم فيما اتفق عليه الإمامان[1] ، وما [٨ / ب] اختلفا فيه لا يحكمُ فيه بشيء ، أما مذهبُ الشافعيّ فلأنه لا يَعْتقدُه ، وأما مذهبُ أبي حنيفة فلأنّه لم يُفوَّضْ إليه .

وقال الماوردي : إذا كانَ القاضي شافعياً فأدّاه اجتهادُه إلى مذهبِ أبي حنيفة في حادثةٍ ، جازَ له الحكم بها ، وقال بعض أصحابنا : لا يجوز للمُعْتزي إلى مذهبٍ أن يحكم بغيره لِتَطَرُّقِ التُهْمَةِ إليه[2] .

فلو شرط الإمامُ على القاضي في عقدِ تولية القضاء أنْ لا يحكمَ إلا بمذهبِ الشافعيّ مثلاً ، أو بمذهب أبي حنيفة ، (فإن كان[3] عاماً ، بأن قال له لا تحكم في جميع الأحكام ، إلا بمذهبِ الشافعيّ مثلاً ، أو بمذهبِ أبي حنيفة)[4] ، كان هذا الشرطُ باطلا ، سواء كان موافقاً لمذهب الإمام أو مخالفاً له ، وهل يبطل عقدُ توليةِ القضاء ؟ نُظر :

إن كان عَدَلَ عن لفظ الشرط ، وأخرجه مَخْرجَ الأمر ، كقوله : احكم بمذهبِ الشافعيّ ، أو مخرجَ النهي ، كقوله : لا تحكم بمذهبِ أبي حنيفة[5] ، صحَ التقليدُ[6] .

= بعينه ، فإن قلد على هذا الشرط بطلت التولية ، لأنه علقها على شرط ، وقد بطل الشرط ، فبطلت التولية » ، والنصوص الفقهية في ذلك كثيرة .

(١) في نسخة ف : المذهبان .

(٢) أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ١٨٥ .

(٣) أي الشرط .

(٤) ما بين القوسين مكرر في الأصل مرتين ، والعبارة في نسخة ب كما يلي : فإن كان عاماً كقوله لا تحكم إلا بمذهب الشافعي مثلاً أو بمذهب أبي حنيفة كان الشرط . ق ١٠٩ / ب .

(٥) عبارة نسخة ب : لا تحكم إلا بمذهب أبي حنيفة ، ق ١٠٩ / ب .

(٦) صح التقليد وإن بطل ما أمره به أو نهاه عنه ، كما قال الماوردي في (أدب القاضي : ١ / ١٨٧) ، أي أن بطلان التقليد يتجزأ في رأي الماوردي ، وانظر : الأحكام السلطانية ، له : ٦٨ .

وإن جعله بلفظ الشرط في العقد ، كقوله : ولّيتك على أنْ تحكُمَ بمذهب الشافعي ، أو بأنْ لا تحكمَ[1] بمذهبِ أبي حنيفة ، بطلَ التقليدُ[2] .

أما إنْ كان التقليدُ خاصًّا في حكمٍ بعينه ، فإن كان أمراً ، كقوله : أَقِد من المسلم بالكافر[3] ، ومن الحر بالعبد ، كان هذا الشرطُ باطلاً ، فإنْ تجرّدَ التقليدُ عن هذا الشرط صح التقليدُ[4] ، (مع فساد الشرط ، وإن قرنه بلفظ الشرط بطلَ التقليدُ)[5] .

وإن كان نَهياً ، نُظِر : إنْ نهاه عن الحكمِ في قتل المسلم بالكافر ، والحر بالعبد ، ولا يقضي[6] فيه بوجوبِ قودٍ ، ولا بإسقاطه ، فهذا شرطٌ باطلٌ ، وتقليدٌ صحيحٌ[7] ، وإنْ لم ينهه عن الحكمِ فيه ، ونهاه عن القضاء بالقصاصِ ، فقد اختلف أصحابُنا في هذا النهي ، هل يوجب صرفه عن النظر فيه ؟ فيه وجهان[8] .

قلت : وحكى القاضي أبو منصور[9] ، ابنُ أخي الشيخِ أبي نصر بن

---

(١) العبارة في نسخة ب هي : على أن لا تحكم ، ق ١٠٩ / ب .

(٢) بطلت التولية لأنه علقها على شرط ، وقد بطل الشرط فبطلت التولية ، كما نقلناه سابقاً عن « المهذب » ، وقال العراقيون : لا يبطل التقليد وإن بطل الشرط ، (انظر : المهذب : ٢ / ٢٩٢ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٧٨ ، شرح المحلي وحاشية قليوبي : ٤ / ٢٩٨ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٢٤٢ ، أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ١٨٨) ، ويرجع الفرق في نظرنا بين الرأيين إلى أن الأول يجعل الشرط هو السبب الدافع إلى التولية بخلاف الثاني .

(٣) أي اقتص من المسلم بسبب قتله للكافر ، وهي مسألة خلافية بين المذهب الشافعي والمذهب الحنفي ، فبينما يرى الشافعية أن المسلم لا يقتل بالكافر ، قال الحنيفة : يقتل به .

(٤) أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ١٨٨ .

(٥) ما بين القوسين سقط من الأصل ، ولكنه موجود في نسخة ف ونسخة ب .

(٦) في نسخة ب « ألا يقضي » ق ١٠٩ / ب ، وعند الماوردي : ولا يقضي فيه ، (أدب القاضي : ١ / ١٨٩) .

(٧) أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ١٨٩ .

(٨) ذكر الماوردي الوجهين بدون ترجيح ، (أدب القاضي ، له : ١ / ١٨٩) .

(٩) هو أحمد بن محمد بن عبد الواحد ، أبو منصور بن الصباغ البغدادي ، ابن أخي الشيخ أبي نصر ، =

الصباغ ، قال : سألتُ قاضي القضاة الدّامَغاني[1] ، عما إذا ولّى القاضي الحنفي نائباً شافعياً ، وشرط عليه أن لا يحكم إلا بمذهب أبي حنيفةَ ، هل يصح ؟ قال : نعم ، فإنَّ قاضي القضاة أبا حازم[2] ، ولّى أبا العباس بنَ سُرَيْج القضاءَ ببغداد على أن لا يقضي إلا بمذِهب أبي حنيفةَ فالتزمه .

النظر الخامس : في استنابة القاضي نائباً في الحكم عنه

[نائب القاضي] :

٣١ ـ والمستنيب لا يخلو : إما إنْ نهاه الإمام عن الاستخلاف ، حالةَ عقد التولية ، أو أطلق ، إنْ نهاه لم يَجز له الاستخلاف ، وإن أطلقَ فيه ثلاثةُ أوجه : يُفرِّق في الثالث بين أن تتسعَ خطة البلد أو لا[3] .

= وزوج ابنته ، إمام عالم جليل ، كثير الصلاة والصوم ، درس الفقه والحديث ، وكان ينوب عن القاضي محمد بن الدامغاني في القضاء برَبْع الكرْخ ، ثم ولي الحسبة في الجانب الغربي من بغداد ، له مصنفات ومجموعات منها « الإشعار بمعرفة اختلاف علماء الأمصار » توفي سنة ٤٩٤ هـ ، ودفن ببغداد ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٨٥ ، ١٥٣ ، البداية والنهاية : ١٢ / ١٦٠)

(١) هو محمد بن علي بن محمد بن الحسين بن عبد الملك بن عبد الوهاب بن حموية ، أبو عبد الله الدامغاني ، قاضي القضاة ببغداد ، ولد سنة ٣٩٨هـ ، وسمع الحديث وبرع بالفقه الحنفي ، وانتهت إليه رياسة الفقهاء ، وكان ذا عقل واسع وتواضع ، كثير العبادة ، باشر الحكم ثلاثين سنة في أحسن سيرة ، توفي سنة ٤٧٨ هـ ، وقد ناهز الثانين ودفن بداره ثم نقل إلى مشهد أبي حنيفة ، وقيل إنه ولد سنة ٤١٨ ، (انظر : البداية والنهاية : ١٢ / ١٢٩ ، تاريخ بغداد : ٣ / ١٠٩ ، الفوائد البهية : ١٨٢ ، النجوم الزاهرة : ٥ / ١٢١) ، ولم تُذكر ترجمته في تاج التراجم ، ولا في وفيات الأعيان ولا في فوات الوفيات ، وفي نسخة ف : الأفغاني ، وهو خطأ ، والدامغاني ، بفتح الميم المعجمة ، نسبة إلى دامغان من بلاد قورمس ، (لب اللباب : ١٠١) .

(٢) هو عبد الحميد بن عبد العزيز ، قاضي القضاة ، أبو حازم من أهل البصرة ، ولي قضاء الشام والكوفة والكرخ من بغداد ، كان تقياً ورعاً عالماً بمذهب أبي حنيفة وبالفرائض والحساب والذرع والقسمة والجبر والمقابلة والمناسخات والوصايا ، له كتاب المحاضر والسجلات وأدب القاضي وكتاب الفرائض ، توفي سنة ٢٩٢ هـ ، (انظر : طبقات الفقهاء : ١٤١ ، تاج التراجم : ٢٣ ، الفوائد البهية : ٨٦ ، كشف الظنون : ١ / ٧٢ ، البداية والنهاية : ١١ / ٩٩) .

(٣) انظر تفصيل ذلك وتعليله في (المهذب : ٢ / ٢٩٢ ، ٢٩٣ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٧٨ ، أدب القاضي ، الماوردي : ٣ / ٣٨٧ ، الروضة : ١١ / ١١٨) .

هذا (إنْ)[1] نهاه مع عقد التولية ، [٩ / أ] فلو أطلق التولية ، ومضت مُدةً ، ثم نهاه عن الاستخلاف ، وقلنا : إنَّ له الاستخلافَ عند الإطلاقِ ، يقتضي أنه يتمكنُ[2] من الاستخلاف ، فإذا أطلقَ التوليةَ أولاً ، فقد استحق أن يستخلفَ ، فإذا نهاه بعد ذلك ، هل يجب عليه الانتهاءُ أم لا ؟

هذا يَنْبغي أن يَنْبني على الخلاف السابق ، فعلى رأي الماوردي[3] ، يجب عليه أن ينتهيَ ، ولا يجوزُ له أن يستخلفَ ؛ لأنَّ (عقد)[4] القضاء عقدٌ جائز ، ينفذ عزل المولِّي مهما شاء ، وعلى رأي الشيخ أبي علي وغيرِه القائلين بالتفصيل الذي ذكرناه عنهم[5] ، في نفوذ العزلِ وامتناعهِ ، فيه نظرٌ ، فمها قلنا بنفوذِ عزله فلا خَفاءَ بوجوبِ الامتناع ، وعدم جواز الاستخلاف ، ومتى قلنا : لا يَنْفذُ عزله ، فإذا أطلقَ التولية ، ثم نهاه بعد فصل بينهما بزمن ، يُعدُّ مثله فصلاً في مثل ذلك ، فهل يجوز له أن يستخلفَ ، أو يجب عليه أن يمتنع ؟

هذا فيه نظرٌ **عندي** ، وقاعدة (الإنابة)[6] (تقتضي)[7] **عندي** : أنه متى نهاه ابتداءً أو دواماً لا يجوز له الاستخلاف ، ويجب عليه الامتناع .

[شروط النائب] :

٣٢ ـ ثم اعلم أن النائبَ للقاضي ، إن أُذنَ له في الحكم بين النّاس مطلقا ،

---

(١) كلمة إن من نسخة ف ، وفي الأصل : إذا .

(٢) في نسخة ف : يُمكّن .

(٣) وهو ان عقد القضاء من العقود الجائزة دون اللازمة ، (انظر : أدب القاضي : ١ / ١٨٠) ، وانظر : فقرة ٢٦ من هذا الكتاب ، وانظر : أدب القاضي ، الماوردي : ٢ / ٣٩٣ .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : عنده .

(٥) في نسخة ف بالتفصيل المذكور ، وانظر : فقرة ٢٨ من هذا الكتاب .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الإيالة .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يقتضي .

فحكمه في اشتراط العلم وبقيةِ الشروط[1] حكمُ مسْتَخْلِفه[2] .

وإن استنابه في أُمورٍ خاصّة ، كسماع بينة على دَيْن فقط ، (أو في)[3] سماع تزكية الشهود ، لم يُشترط أن يكون عالماً إلا بما يَليق بما فُوّضَ إليه ، وقال الإمام : كان شيخي[4] يقول : نائب القاضي في القرى إذا لم يفوَّض إليه إمضاء الأحكام ، بل فُوّض إليه سماع البينة ونقلها ، فلا يشترط فيه بلوغ رتبة الاجتهاد ، بل المعتبرُ في حقهِ العلمُ اللائق بأحكام البينات[5] .

النظر السادس : في جواز تولية قاضيين في بلد واحد

[تعدد القضاة] :

٣٣ ـ وهو جائز إنْ عيّنَ لكل واحد منهما عملاً مستقلاً مِنَ البلدِ ، مُفْرداً به ، كجانبٍ مخصوصٍ من جانبي بغداد ، أو مَحلَّةٍ مخصوصةٍ أو صُقْع[6] مخصوص ، فيختص كل واحد منهما بالموضع الذي فوّض إليه ، فمتى خرج منه إلى مَحلّةٍ فُوّضَتْ إلى غيره ، لم ينفذْ حكمُهُ فيها ، ويصير ذلك كبلدين ، فُوّض كلُّ بلد منهما إلى حاكمٍ[7] ، وهكذا لو فُوّض إلى واحد منهما الحكمُ بين الرجال

---

(١) كلمة الشروط من هامش الأصل .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ١١٩ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وفي .

(٤) الإمام هو أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله إمام الحرمين الجويني ، وشيخه هو والده الشيخ أبو محمد ، وقد مرت ترجمتها .

(٥) نقل النووي هذا الحكم عن الشيخ أبي محمد الجويني (انظر : الروضة : ١١ / ١١٩) .

(٦) الصُقع بالضم والسكون الناحية ، (القاموس المحيط : ٣ / ٥٠) ، وفي نسخة ف : موضع .

(٧) انظر تفصيل ذلك بإسهاب في (أدب القاضي للماوردي : ١ / ١٥٥ وما بعدها ، وفي الأحكام السلطانية ، له : ٧٠ وما بعدها)

دونَ النساء ، وبالعكس ، تَقيّدَ بما خُصَّ به ، ولا ينفذُ حكمه إذا تعداه إلى غيره[1] .

أما إنْ قلّد اثنين القضاءَ في بلد واحد ، كل منهما يقضي في جميع البلد بين جميع أهله ، ومن يَرِد إليه ، هل يجوز له ذلك ؟ فيه خلافٌ مشهورٌ ، وأصحها الجواز ، والعمل عليه في الأمصار[2] .

ثم إذا وُلّيَ القضاءَ اثنان[3] في البلد على الشيوع في جميع البلد ، فاستحضر الخصمان رجلاً ، قال الشيخ أبو علي : من سبق منهما وجبَ عليه الحضور إليه ، وإن جاءا معا أقرع بينهما[4] .

النظر [٩ / أ] السابع : في جواز أخذ القاضي الرزق على القضاء

٣٤ ـ وإذا تقلّد شخصٌ القضاءَ ، إن تعيَّن عليه بالشروط السابقة ، وكانت له كفايةٌ من أمواله ، لم يجز أخذ الرزق عليه ، لفرضيته عليه وكفايته ، وإنْ

---

(١) انظر : المراجع السابقة ، الروضة : ١١ / ١٢٤ .

(٢) وهو ما رجحه المحققون في المذهب قياساً على تعيين وصيين أو وكيلين ، والقول الثاني : لا يجوز ، وصححه إمام الحرمين الجويني والغزالي وابن أبي عصرون ، قياساً على الإمامة العظمى التي لا يجوز فيها التعدد بالنص والإجماع ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٣٨٠ ، شرح المحلي : ٤ / ٢٩٨ ، أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ١٥٨ ، الروضة : ١١ / ١٢٤) .

(٣) العبارة في نسخة ف : ثم إذا ولي القاضيان .

(٤) العبارة غير واضحة في الأصل ، وعبارة الماوردي هي : « فإن اختصم خصمان وجذب كل واحد منهما خصمه إلى أحدهما عمل على قول الطالب منهما دون المطلوب ، وحاكمه إلى من أراده منهما ، لأن حكم كل واحد من القاضيين نافذ عليهما ، فإن كان كل واحد من المتنازعين طالباً ومطلوباً ، لتحاكمهما في قسمة ملك . . . يوجب تحالفهما فيه ، عمل على قول من دعا إلى أقرب القاضيين إليهما ، فإن استويا في القرب ، ففيه وجهان : أحدهما يقرع بينهما ، والثاني يقطع التنازع بينهما حتى يتفقا على الرضا بأحدهما » ، (أدب القاضي ، له : ١ / ١٥٨ ـ ١٥٩) ، وفي كلام الماوردي نص صريح على اختصاص الحاكم المكاني ، وجاء في قانون أصول المحاكمات السوري في المادة ٨١ ما يتفق معه في ذلك .

كان فقيراً أو مسكيناً ، لا يكْفيه ما يملكه ، جاز له أنْ يأخذَ عليه قدْر كِفايته من بيتِ المال .

وإنْ لم يتعين عليه ، فإنْ كان محتاجاً جاز له أخذُ الرزقِ على قدْر الكفاية ، وإن كان غنياً فالأوْلى له أنْ لا يأخذَ شيئاً[1] ، وقال الشيخ أبو علي : يكره له أخذه : والحالة هذه ، وذكر عيْن ما ذكرناه من التفصيل في الأجرة أيضا ، إلا أنه حكى عن صاحب التقريب[2] قولاً أنه يجوز لمن تعين عليه ، وله كفاية ، أخذُ الرزقِ ، وقال : المعروف عند أصحابنا أنه لا يجوز[3] .

☆ ☆ ☆

---

(١) انظر المهذب ، الشيرازي : ٢ / ٢٩١ ، وانظر : روضة القضاة ، السمناني : ١ / ٨٥ ، فإنه ذكر رأي الحنفية ونصوصاً عن السلف ، ونقل رأي الشافعية كما جاء هنا .

(٢) هو القاسم بن محمد بن علي الشاشي ، صاحب التقريب ، الإمام الجليل ، ولد الإمام القفال الكبير ، قال العبادي في الطبقات : مشهور الفضل ، يشهد بذلك كتابه ، وبه تخرج فقهاء خراسان ، والتقريب من أجلِّ كتب المذهب ، ويتألف من عشر مجلدات ، فهو من أوثق الناس في نصوص الشافعي والمزني ، توفي في حدود سنة ٤٠٠ هـ ، ونسب بعضهم كتاب التقريب إلى القفال الشاشي ، وهو غلط ، وقد لخصه إمام الحرمين في كتبه ، وينقل عنه الغزالي ، وهذا التقريب غير التقريب الذي ألفه سُلَيم الرازي المتوفى سنة ٤٤٧ هـ ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٣ / ٤٧٢ ، ٤ / ٣٨٩ ، كشف الظنون : ١ / ٣١٩ ، وفيات الأعيان : ٣ / ٣٣٨ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٧٨) .

(٣) في هامش الأصل : بلغ مقابلة ، وانظر تفصيل ذلك في (الروضة : ١١ / ١٣٧) .

الفصل الرابع
في
أدب القضاء

٣٥ ـ وينبغي للقاضي أن يتأدب في قضائه بآدابٍ شرعيةٍ ، بعضُها مستحِقٌ عليه ، وبعضها مستحَبٌ له التأدب بها ، (وإنَّ مِنْ أحقِ النَّاسِ بالتأدبِ)[1] بآدابِ الله تعالى ، ومطالبةِ[2] النفس بأحكامه ، ورعايةِ حقوقه ، مَنْ تقلَّد القضاء ، وانتصبَ لفصل الأحكامِ ، فاتقى[3] أمرَ ربه جل جلاله ، ونهى النفسَ عن الهوى ، وتذكرَ بوقوفِ الخصوم بين يديه ، ومقامِه معهم يومَ القيامة ، يومَ يقومُ النّاسُ لربِّ العالمين ، ويحكم بينهم أحكمُ الحاكمين ، يومَ لا ينفعُ الظالمين معذرتُهم ، ولهم اللعنةُ ، ولهم سوءُ الدار ، واستعدَّ لمساءَلة الربِّ تعالى جواباً ، وتذكرَ بين يديه وقوفاً وحساباً .

والآداب التي يَتأدَّب بها الحاكمُ خمسةَ عشر أدباً .

[إعلام أهل البلد بقدومه] :

٣٦ ـ **الأدب الأول** : أنه متى أراد قصد عمله قدَّمَ بين يديه كتاباً أو

---

(١) ما بين القوسين من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) في نسخة ف : في مطالبة .

(٣) في نسخة ف : واقتفى .

رسولاً إلى أهلـه يُعْلمهم بقـدومـه ليتهيَّـؤوا[1] للقـائـه ، فـإذا تلقَّـوْه أكرمَهم على أقدارِهم ، وينبغي أن يكون بين يديه منْ يُعرّفه بذلك .

ثم يُختـار لـه دخـول البلـدة بُكرةَ الاثنين ، فـإنْ تعـذّر فيـوم الخميس ، ويُختار له الدخول وهو لابسٌ السوادَ ، هكـذا قـالـه (القـاضي)[2] أبو الطيب الطبري ، قـال : لأن النبي ﷺ « دَخل مكـة وعليـه عِمامـةٌ سوداءٌ »[3] ، ولأنـه أكثرُ هيْبةً ، ومما ذكره الماوردي وزاد فيه : استحبابُ لبْسِ الطيالسـة السودِ في حق الممازج[4] لأبناء الدنيا ، قال : ويزيد عليهم بما يَتميّز به ، ويزيد في هيْبته بلباسٍ لا يشاركه فيـه غيرُه ، وسمتٍ لا يشـاركـه فيـه غيرُه ، قـال : وإنْ كان موصوفـاً بـالزهـد والتواضـع والخشـوعِ ، (كان)[5] أبلـغ في هيبتـه ، وأزيـدَ في رَهْبته[6] .

فإذا دخل البلدَ جلس في المسجد الجامع ، وأمرَ من يقرأ على أهلـه كتـاب عهد الإمام إليه ، وقـد سبق ذكرُ الخلاف في الاكتفـاء بـالاستفـاضـة أو وجوب الإشهاد[7] .

---

(١) في نسخة ف : ليتأهبوا .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٣) وذلك يوم فتح مكة ، وهـذا الحـديث رواه مسلم والنسـائي وأبو داود والترمـذي وابن مـاجـه عن جـابر ، (انظر : صحيح مسلم بشرح النـووي : ٩ / ١٣٣ ، سنن أبي داود : ٢ / ٣٧٦ ، تحفـة الأحـوذي : ٥ / ٤١٠ ، سنن ابن مـاجـه : ٢ / ١١٨٦ ، سنن النسـائي : ٥ / ١٥٩ ، ٨ / ١٨٦ ، ذخـائر المـواريث : ١ / ١٦٦ ، التلخيص الحبير : ٤ / ١٨٨) .

(٤) الممازج : المخـالـط ، من مَـزَج أي خلـط ، ومـازج خـالـط ، وامتزج بـه اختلـط ، (القـامـوس المحيـط : ١ / ٢٠٧) .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٦) أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ١٩٢ وما بعدها ، ٢١٨ ، ١٣٢ .

(٧) فقرة ٢٧ من هذا الكتاب .

[النزول وسط البلد] :

٣٧ ـ **الثاني** : (ينبغي)[١] أن ينزل في وسط البلد[٢]، [١٠ / أ] ويتخذ له مسْكنا سَرِيّاً[٣] يليق به ، ثم يتخذ له مكاناً واسعاً للجلوس فيه ، للحكم بين الناس ، فإن كان في فصلِ الصيف فليكنْ بارداً هوِّيـاً[٤] فسيحاً ، وإن كان في الشتاء فليكن كِنّاً كنيناً[٥].

[البواب] :

٣٨ ـ **الثالث** : يُختار له (اتخاذُ)[٦] بوّاب ، على أصح الوجهين ، يضبطُ الخصومَ ، ويُعْلِمُهم بوقتِ جلوسِ الحاكمِ للحكم ، ووقتِ راحته ، (ويمنعُ)[٧] الناسَ عنه ، ويُعْلِمُ الحاكمَ أو الحاجبَ بمجيء من يَرِدُ عليه من العدول ليُكرمَه إذا دخل عليه ، فإنَّهُ يُستحبُ للحاكمِ إكرامُ الشهودِ ، وذوي الهيئات ، إذا أتوْه زائرين ، وإنْ جاءه محاكاً عرّفَ الحاكِمَ أو الحاجبَ ليسويَ بين المتخاصمين ، كيف كانا ، سواءً تساوتْ مرتبتُها أو تفاوتَتْ ، وعلى هذا يُستحب للبوابِ استعلامُ الحالِ من كل ذي هيئة يَرِدُ إلى باب الحاكم ، ويُسائله في ماذا حاله ، ثم يُنهي إلى الحاكمِ ما ذكر أنّه جاءَ لأجله .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ١٩٤ .

(٣) البيت السَّري : الرفيع المقام ، قال تعالى : ﴿ قد جَعَل ربُّكِ تحتك سرياً ﴾ أي نهراً يسري ، وقيل بل ذلك من السَّرْو أي الرفعة (انظر : المفردات في غريب القرآن ، للراغب الأصفهاني : ٢٣١) .

(٤) في نسخة ف : هاويا .

(٥) الكِن : جمعه أكنان وأكنة البيت ، والكنين الساتر الذي يقيه من كل شيء (القاموس المحيط : ٤ / ٢٦٤) .

وفي نسخة ف : فليكن مكاناً كنيناً .

(٦) اللفظ من هامش الأصل .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ومنع .

وهذا عندي من أهم الأشياء (وأحْسَنها)[1]، فكم من ذي خَطر يَدْخلُ على الحاكمِ قاصداً الحكومةَ ، لا يشعرُ الحاكم به ، فيكرمَه بقيامٍ وإجلاسٍ إلى جانبه وبَسْطٍ معه ، ظنّاً منه أنه جاءَه لزيارةٍ ، أو أداء شهادةٍ ، وإذا الخصمُ قد دخل وراءه ، ويكون إدلالُه بمنزلته أوجبَ له الدخول على الحاكم قبل خصمه ، والنفوسُ مُسيئةٌ تحملُ أربابَها على التقدمِ وحبِّ الرياسةِ والغلبة ، وإنْ كان فيه هلاكها عند الله (تعالى)[2]. ولا دافعَ لهذا المحذور عن الحاكم إلا سبقَ علمِه بصفة مجيئِه ، ولا طريقَ له إلا إعلامُ البوابِ أو الحاجبِ ، فكان هذا من أحبِّ الأمور المختارة للحاكم .

نعم يشترط في البوابِ أنْ يكونَ ثقةً أميناً عفيفاً نَزِهاً .

[الحاجب] :

٣٩ - **الرابع** : قال الشافعي رضي الله عنه : ينبغي للحاكم أن لا يتخذَ حاجباً[3]، ومن أصحابنا مَنْ قال : هذا في حال سكونِ النّاسِ ، وخيرِهم ، واجتماعهم على التقوى ، فأمّا إذا كثُرَ الهرْج والسفهاء ، واستطال الأغنياءُ ، استحب له أنْ يتخذَ حاجباً .

وقال القاضي أبو الطيب الطبري : يستحب له أن يتخذ حاجباً يقوم على رأسه إذا قعد للقضاء ، ليقدّم الخصوم ويؤخرهم .

قلت : هذا هو الصحيح[4]، ولا سيما في زمننا هذا ، مع فساد العوام ،

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وأحبها .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) الأم : ٦ / ٢٠١ ، وانظر : مختصر المزني : ٥ / ٢٤١ ، شرح الغزي على متن أبي شجاع : ٢ / ٣٥٩ ، أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ١٩٩ .

(٤) قال الشيرازي في (المهذب : ٢ / ٢٩٥) : « ولا يكره للإمام أن يتخذ حاجباً ، لأن يرفا كان حاجب عمر ، والحسن البصري كان حاجب عثمان ، وقنبر كان حاجب علي عليه السلام ... » ، وانظر : حاشية الباجوري : ٢ / ٣٥٩ ، حاشية الشرقاوي على شرح التحرير : ٢ / ٤٩٢ .

فإنَّه متى كان للحاكم حاجبٌ رتب الخصومَ ، وقدّم منْ حضَر أولاً على من تأخر ، ومنعهم من المخاصمةِ على التقدم والتأخر ، وزجر الظالم منهم ، وأخذَ بيدِ المظلوم ، وفيه أُبَّهةٌ عظيمة للحاكم ، (ومنْصِبُه لاِيَخْفى)[1]، ولكل زمنٍ أحوالٌ ومراسمُ تقتضيه وتناسُبُه ، ولولا الحجاب لما تميّز أحدٌ بالسابقة ، ولا ترتَّبَ الناسُ بحسبِ فضائلهم وأقْدارِهم في زيارةٍ وأداء شهادة .

وكلام الشافعي رضي الله عنه محمولٌ على ما إذا قُصد[2] بالحاجب [١٠ / ب] الاحتجابُ عن الناس ، والاكتفاءُ به[3]، أو خوْفاً من ارْتشاء الحاجب .

[شروط الحاجب] :

٤٠ ـ ثم قال الماوردي : يُشترط في الحاجبِ ثلاثة شروط مستحقة : العدالة والعفة والأمانة ، وخمسةٌ مستحبَة : [أنْ يكونَ][4] حسنَ المنظر ، وجميلَ المَخْبر ، عارفاً بمقاديرِ النّاس ، بعيداً عن الهوى ، معتدلَ الأخلاق بين الشراسة واللين[5].

ويُقال : إنَّ أولَ حاجبٍ ارتشى في الإسلام يَرْفا[6]، حاجبُ عمَرَ بنِ

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ومنصبه لا تخفى .

(٢) في نسخة ف : أريد .

(٣) لما روى أبو داود والحاكم وأحمد والترمذي والطبراني والبيهقي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : من ولي من أمور الناس شيئاً فاحتجب ، حجبه الله يوم القيامة ، (انظر : سنن أبي داود : ٢ / ١٢٢ ، التلخيص الحبير : ٤ / ١٨٨ ، السنن الكبرى : ١٠ / ١٠١ ، مسند أحمد : ٥ / ٢٩٩) .

(٤) ما بين القوسين من كتاب الماوردي ، أدب القاضي : ١ / ٢٠٤ .

(٥) أدب القاضي ، له : ١ / ٢٠٤ .

(٦) قال ابن قتيبة في (المعارف : ٥٥٨) : « وأول من رشا في الإسلام المغيرة بن شعبة ، وقال ربما عرق الدرهم في يدي أرفعه ليرفا ليسهل إذني على عمر ، ويرفا مولى عمر بن الخطاب رضي الله عنه » ، ونقل ابن حجر في (الإصابة : ٦ / ١٣١) عن البغوي عن المغيرة أن اسمه برقاء ، وذكر القصة ، وانظر : تهذيب الأسماء واللغات ، النووي : ٢ / ١٦٠ .

الخطاب رضي الله عنه[١]، (فإنّ)[٢] المغيرةَ بنَ شُعْبةَ[٣] استصعبَ الإذنَ على عمرَ رضي اللهُ عنه في خَلْوَةٍ أرادها مع عمر ، فرشا يَرْفا حتى سهّل له الإذن[٤]، (فكانَ المغيرةُ أولَ من رشى في الإسلام ، ويرفا أول من ارتشى في الإسلام)[٥]، وكان المغيرةُ يسألُ يرفا أن يُجْلسه في الدّهليز إذا تعذّرَ عليه الوصولُ إلى عمر ، حتى يظن الناسُ أنه قد وصلَ إلى عمر ، فيعلموا أنّ له منزلة الاختصاصِ به .

[الأعوان] :

٤١ ـ الخامس : أن يرتّبَ له أعواناً ، وهم المُسَمَّوْنَ بالأَجْرِياء ، المرتبون لإحضار الخصوم إذا استُعدي عليهم[٦]، ويَنبغي أن يكونوا من ذوي الدين ،

---

(١) عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى العدوي ، أبو حفص المدني الفاروق ، ثاني الخلفاء الراشدين ، وأحد فقهاء الصحابة ، وأحد العشرة المبشرين بالجنة ، أول من سمي أمير المؤمنين ، وأول من دوّن الدواوين ، وأول من اتخذ التاريخ ، وأول من اتخذ الدرة ، روى ٥٣٩ حديثاً ، أسلم سنة ست من البعثة ، وأعز الله به الإسلام ، وهاجر جهاراً ، وكان شديداً في الحق ، ولد قبل البعثة بثلاثين سنة ، وكان له السفارة في الجاهلية . تولى الخلافة بعد أبي بكر رضي الله عنهما ، وفتح الله في أيامه عدة أمصار ، واستشهد في آخر سنة ٢٣ هـ ، ودفن في أول سنة ٢٤ هـ ، وهو ابن ٦٣ سنة ، وصلى عليه صهيب . ودفن في الحجرة النبوية ، (انظر الإصابة : ٤ / ٢٧٩ ، خلاصة : ٢ / ٢٦٨ ، العقد الثمين : ٦ / ٢٩١ ، المعارف : ١٧٩ ، الاستيعاب : ٣ / ١١٤٤ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٣ ، تاريخ الخلفاء للسيوطي ص ١٠٨) .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : قال .

(٣) المغيرة بن شعبة بن أبي عامر الثقفي ، أبو محمد أو أبو عبد الله ، صحابي مشهور ، أسلم زمن الخندق ، وشهد الحديبية وبيعة الرضوان ، وشهد اليمامة واليرموك والقادسية ، وفتح عدة بلدان لعمر رضي الله عنهما ، روى له الجماعة ، وله ١٣٦ حديثاً ، وكان عاقلاً أديباً فطناً لبيباً ، وأحد الدهاة الأربعة مع معاوية وعمرو وزياد ، ولي لعمر الكوفة والبصرة ، وكذلك ولاه عثمان ومعاوية الكوفة ، وهو أول من سلم عليه بالإمارة ، اعتزل الفتنة ولم يشهد صفّين ، وبعد تنازل الحسن بايع معاوية ، وتوفي سنة ٥٠ هـ بالكوفة ، (انظر الإصابة : ٦ / ١٣١ ، خلاصة : ٣ / ٥٠ ، العقد الثمين : ٧ / ٢٥٥ ، المعارف : ص ٢٩٤ ، الاستيعاب : ٤ / ١٤٤٥ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ١٠٩) .

(٤) في الأصل زيادة : « فكأن المغيرة بن شعبة استصعب الإذن على عمر رضي الله عنه » وهي زيادة مكررة ، وليست موجودة في نسخة ف .

(٥) ما بين القوسين من نسخة ف ، وبعدها زيادة وهي : وكان هذا زلة من قائله المغيرة .

(٦) قال الشيرازي في (المهذب : ٢ / ٢٩٥) : « وإن احتاج إلى أجرياء لإحضار الخصوم اتخذ أجرياء أمناء ، يوصيهم بالرفق بالخصوم » .

وأهل الثقةِ والأمانةِ (والتعففِ)[1] والبعدِ عن الطمع .

[الكاتب] :

٤٢ ـ السادس : يُختارُ له اتخاذُ كاتبٍ عاقلٍ فاضل أمينٍ عَدْلٍ ، عارفاً[2] بصناعةِ الشروط ، (وكتابةِ)[3] السجلاتِ ، ووضع الأحكام وترتيبها ، جيدَ الخط ، حسنَ الضبطِ ، بعيداً عن الطمع ، وإن كان فقيهاً كان أشدَّ استحباباً[4] .

[القضاء في المسجد] :

٤٣ ـ السابعُ : نص الشافعيُّ رضي الله عنه على[5] أنه يُكْره له الجلوسَ لفصلِ القضاء في المسجد قصْداً واعتماداً لذلك ، ونص في موضع على أنه لا يُستحب[6] ، فمن الأصحاب من قال : لا يكره على هذا النص الثاني ، والمشهورُ في مذهبنا الكراهةُ ، إلا أنَّه لا خلافَ في أنَّها كراهة تنزيهٍ[7] .

ثم إنْ كانَ في المسجدِ لغيرِ فصلِ الحكومات ، فاتفقتْ عندَه خصومةٌ أو خصوماتٌ ، فصلها بين أربابها بغير كراهةٍ قولاً واحداً .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : القَنَع ، بفتحتين من قَنِعت به قنعاً من باب تعب ، (المصباح المنير ، باب قنع) .

(٢) في نسخة ف : عارفٍ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كتب .

(٤) مختصر المزني : ٥ / ٢٤٣ ، الأم : ٦ / ٢١٦ ، المهذب : ٢ / ٢٩٤ ، الحاوي : ١٢ / ق ٦٣ ب مخطوط .

(٥) لفظ : على مكرر مرتين في الأصل .

(٦) الأم ، له : ٦ / ٢٠١ .

(٧) نهاية المحتاج : ٨ / ٤٥٣ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٩٠ ، الأم : ٦ / ٢٠١ ، المهذب : ٢ / ٢٩٤ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٤١ ، أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ٢٠٥ .

[حضور العلماء لمشاورتهم] :

٤٤ ـ الثامنُ : ينبغي له أن يرتِّبَ مع علماء الفريقين الحضور في مجلس حكمه ، لمشاورتهم في المُشكلات ، ومناظرتهم في المجتهدات[١]، ثم لا يخرجُ من منزله حتى يجتمعوا .

والمشاورة مستحبةٌ ، لا لأنه يقلِّدهُم ، فإنَّ تقليدَهم غيرُ جائزٍ على الصحيح من المذهبِ ، وقال ابن سُرَيْج : إذا اتفقت خصومةٌ لمسافرٍ في واقعة ، ولم يغلب على ظنه فيها شيءٌ ، وخافَ فوتَ الرفقةِ ، فله تقليدُ غيرِه .

والصحيح هو الأول[٢]، وعليه ـ إن لم يتضحْ له الحق ـ تأخيرُ الحكم إلى أنْ يتضحَ[٣]، بل المشاورةُ ليسمعَ من العلماء ما عندَهم ، ويعرضَه على رأيه ، ويتنبه للأدلة والمشكلات ، فيكون ذلك معونةً له على تذليلِ طُرُقِ الاجتهاد ، ومعرفةِ مسالكِ [العلة][٤].

[الخروج من البيت والدعاء] :

٤٥ ـ التاسعُ[٥]: إذا أرادَ الخروجَ من مَنْزلـه إلى مجلِسِ حكمه خرجَ بسكينةٍ ووَقارٍ ، وقال : اللهم [١١ / أ] إني أعوذُ بكَ أنْ أَزلَ أو أضِلَ ، أو أظلِمَ أو أُظلَمَ ، أو أجهلَ أو يُجْهلَ عليّ[٦]، ثم يجلسُ مستقبلَ القبلةِ في أصحِ

---

(١) أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ٢٦٣ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٩١ ، المهذب : ٢ / ٢٩٧ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٥٤ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) المهذب : ٢ / ٢٩٧ .

(٤) اللفظ من عندي لإتمام الكلام .

(٥) في الأصل : النظر التاسع .

(٦) وهو دعاء رسول الله ﷺ فيما رواه أبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه عن أم سلمة قالت : كان رسول الله ﷺ إذا خرج من بيته قال : اللهم إني أعوذ بك من أن أزل أو أزل ، أو أضل أو أضل ، أو أظلم أو أظلم ، أو أجهل أو يجهل علي ، (انظر : سنن أبي داود : ٢ / ٦١٩ ، سنن النسائي : ٨ / ٢٣٦ ، ذخائر المواريث : ٤ / ٢٩٣ ، تحفة الأحوذي : ٩ / ٣٨٥ ، سنن ابن ماجه : ٢ / ١٢٧٨) ، وهذا لفظ أبي داود ، ولفظ المتن عند النسائي .

الوجهين[1] ، وحكى الشيخُ أبو عليّ وجهاً أنّه (يَستدبِرُها)[2] في مجلسِه ليكونَ الخصومُ مستقبليها .

[أحواله الخاصة عند الحكم] :

٤٦ ـ العاشر : إذا أرادَ الجلوسَ للحكم تفقّدَ أحوالَ نفسِه من جُوعه وعطشه وغضبه وقلقه ، فإنه يُكرَهُ له أنْ يقضيَ ، وهو غضبانٌ أو جائعٌ جوعاً يُشوشُ فكرَه ، أو عطشانٌ أو حاقنٌ أو حاقبٌ[3] ، أو مشغولُ الفكر بحزنٍ مُفْرِطٍ ، أو ألمٍ مُؤْلم ، والغَرَض أنْ لا يكونَ على صفة تشوش عليه نظره وفكره[4] .

[العدول] :

٤٧ ـ الحادي عشر : يُختار له ترتيبُ عدولٍ بلده على طبقاتهم بعد سؤاله عنهم ، ويرتِّبُ في التزكية عدولاً ، عندهم خبرةٌ بها وبشروطِها ، وكذلك يفعلُ بأربابِ مسائله ، وسنصفهم إن شاء الله تعالى[5] .

وليس له أن يرتبَ شهوداً لا يسمعُ قولَ غيرهم ، لأنه لا فائدةَ فيه ، فإنَّهُ إذا شهدَ عنده غيرُ منْ رتَّبهم ، بحقٍ شرعي ، وعَرَفه بالعدالة ، وجبَ عليه سماعُ شهادته ، والعملُ بها إذا وَجدَ شرطَها ، ويحرمُ عليه الامتناعُ ، لكون الشاهد غيرَ مرَتَّبٍ مع مَنْ رتَّبه ، ولو فعلَ ذلك خالفَ الكتابَ والسنةَ وإجماعَ الأئمة[6] .

---

(١) أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ٢١٩ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : استدبرها .

(٣) الحاقن الذي حبس غائطه ، من حقنه يحقنه فهو محقون وحقين ، واحتقن المريض احتبس بوله ، والحاقب حابس البول ، من حقب كفرح تعسر عليه بوله ، (القاموس المحيط : ١ / ٥٧ ، ٤ / ٢١٦) .

(٤) الأم ، الشافعي : ٦ / ٢٠١ ، أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ٢١٢ ، ٢١٤ ، ٢١٨ ، الروضة : ١١ / ١٣٩ .

(٥) فقرة ٩٥ ، ١٠٣ .

(٦) انظر الروضة : ١١ / ١٦٧ .

ثم يُرَتِّبُ المترجمين والمُسْمِعَ ، وهو الذي يُسمع القاضيَ الأصمَ الذي يجوز قضاؤه ، أما المُزكي فلا يَسمع التزكيةَ إلا من عدلين ، وأما أرباب المسائل ففيه خلافٌ وتفصيلٌ سنذكره إن شاء الله تعالى في موضعه[1].

[المترجم وشروطه] :

٤٨ ـ وأما المترجمُ فلا بدَّ أيضاً من العدد فيه ، هكذا قاله الأصحابُ ، وقال الإمام : (الوجهُ أن يُقال :)[2] إنْ كانا يعرفان العربية لكنهما لا يحسنان النظمَ ، فهُما كطرش القاضي ، ويكفي فيه مُسْمِعٌ واحد على أحد الوجهين ، ولو كانا أعجميَّيْن ، وبالحضرةِ عدولٌ يسمعون ويعرفون ، ففي اشتراط العددِ في المترجم وجهان ، والأظهر الاكتفاءُ بمترجم واحد ، ومسمع واحد ، لأن الحاضرين لو سمعوا تغييراً لأبدَوْا نكراً[3].

وقال الماوردي : يؤدي المترجمُ الترجمةَ بلفظِ الشهادةِ ، وقال بعض أصحابنا : يذكره بلفظ الخبرِ دون الشهادة[4].

قلت أنا : فعلى هذا الوجه يُقبل فيه مترجمٌ واحدٌ ، كهلالِ ومضان وبقيةِ الأخبار .

فإن كانا أعجميَّيْن ، فهل للمترجمين عن أحدهما أن (يترجما)[5] عن

---

(١) فقرة ٩٥ وما بعدها ، فقرة ١٠٣ وما بعدها ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٦٨ .

(٢) العبارة من نسخة ف ، وعبارة الأصل : الوجه أن يقول .

(٣) الراجح اشتراط العدد في الترجمة ، وتطبق عليه أحكام الشاهد من اللفظ وانتفاء التهمة كمنع الأصل والفرع وغير ذلك ، (انظر : حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠١ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٨٩ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٥٢ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٤٢) .

(٤) أدب القاضي : له : ١ / ٦٩٨ وما بعدها .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أن يترجم ، وهو خطأ وتصحيف ، والنص منقول بحرفه من (أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ٦٩٩) .

الآخر ؟ فيه وجهان مبنيان على الخلاف في الشاهدين ، إذا تحملا عن شاهد أصل ، هل يتحملان عن الشاهد الآخر[1] ؟

وقال البغويُّ : إذا كان الحقُّ مما يثبتُ بالشاهد واليمين ، قُبل في الترجمةِ شاهدٌ وامرأتان ؟ قال البغوي : وجب ألا يُقبل إلا رجلان ، كما لا (تُقبل)[2] الشهادة على الشهادة بقول النساء ، حتى لو [١١ / ب] كان الخصمُ امرأةً أعجميةً ، يُشترط أنْ يترجم قوْلَها رجلان ، قال : وهل يجوزُ أنْ يكونَ المترجمُ أعمى ؟ فيه وجهان ، أحدهُما لا ، كالشهادة ، والثاني : بلى ، لأنّه ينقلُ لفظَ الخصمِ ، والقاضي يراه ، فلا يحتاجُ إلى البصر[3] .

[المسمع] :

وفي المُسْمع ثلاثةُ أوجه ، في الثالثِ : أن العددَ لا يُشترط إلا أنْ يكونَ الخصمان أصَمَّيْن ، وهذا له مزيدُ شرح سيُذكر .

[كراهة البيع والشراء] :

٤٩ ـ الثاني عشر : يُكْره له مباشرةُ البيعِ والشراء بنفسه أو بوكيلٍ خصِّيص به ، مشهورٍ بوكالته ، وهكذا يُكْرَه له وُلُوجُ الأسواقِ ، ومُخالطةُ الناسِ في البيعِ والشراء ، وفي المواضعِ التي لا يَليقُ بالعلماء والحكامِ الاجتيازُ بها[4] .

---

(١) الراجح قبول شهادة شاهدين فقط على الشاهدين الأصليين ، قال النووي رحمه الله تعالى : « ويكفي شهادة اثنين على الشاهدين ، وفي قول يشترط لكل رجل أو امرأة اثنان » ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٥ ، المهذب : ٢ / ٣٣٨ ، نهاية المحتاج : ٢ / ٣٢٦ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٣٢ ، أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ٦٩٥ ، ٦٩٩) ، وسوف يذكر ذلك المصنف في فقرة ٤٤٣ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : تثبت .

(٣) الراجح جواز ترجمة الأعمى ، قال النووي : « والأصح جواز أعمى » ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٣٨٩ ، أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ٦٩٧ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٥٢ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠٢) .

(٤) أدب القاضي : ١ / ٢٣٩ ، الأم ، للشافعي : ٦ / ٢٠١ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٤١ .

[تحريم الهدية] :

٥٠ ـ الثالث عشر : يحرمُ عليه قبولُ الهدية من الخصمين ، أو من أحدهما ، فلو قَبِلَ مع التحريمِ ، هل يملكها ؟ فيه وجهان[١]، أما مَنْ لا خصومة له أصلاً ، فإن جَرت له عادةٌ بمهاداته قبْلَ القضاء فلا بأسَ ، والأولى التركُ ، وإنْ لم تَجْرِ له عادةٌ بذلك (لم يجز له القبولُ)[٢]، والأولى له إنْ قَبِلَ أنْ يعوِّضَه عنها ، أو يَضَعَها في بيتِ المال ، والأَوْلى له سدٌّ بابِ قبولِ الهدايا من كل أحدٍ .

[حضور الولائم] :

٥١ ـ أما الولائمُ العامة فلا يُكره له الإجابة إليها ، ووليمةُ العُرْسِ يُسْتحبُ له إتيانها ، وهل تجبُ عليه[٣]؟ إنْ قلنا : لا تجبُ على غيره (فهو أولى ، وإنْ قلنا : تجب على غيره)[٤]، ففي وجوبها عليه (وجهان)[٥]، ولو كَثُرَتِ الولائمُ

(١) ذهب المتأخرون إلى عدم ملكيتها ، قال الخطيب الشربيني في (مغني المحتاج : ٤ / ٣٩٢) : ولا يملكها ... لو قبلها ، ويردها على مالكها ، فإن تعذر وضعها في بيت المال ، وقال قليوبي في (حاشيته : ٤ / ٣٠٣) : حرم قبولها ولا يملكها ، وقال الرملي في (نهاية المحتاج : ٨ / ٢٥٥) : حرم عليه قبولها ولا يملكها ، لأنها توجب الميل ، ولما رواه البيهقي بإسناد حسن « هدايا العمال غلول » وفي رواية : سحت ، وانظر تفصيل ذلك بإسهاب ومقارنة في رسالة الزميل المفضال الدكتور عبد السلام عبادي ، (الملكية : ٢ / ٥٦ وما بعدها) ، وانظر : الأحكام السلطانية ، الماوردي : ٧٥ .

(٢) العبارة من نسخة ف ، وعبارة الأصل : جاز القبول ، وهو خطأ ، وتتمة الكلام في نسخة ف : ويعوضه عنها أو يدعها .

(٣) قال الشيرازي : ويجوز أن يحضر الولائم ، لأن الإجابة إلى وليمة غير العرس مستحبة ، وفي وليمة العرس وجهان : أحدهما أنها فرض على الأعيان ، والثاني أنها فرض على الكفاية ... (انظر : المهذب : ٢ / ٢٩٣ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٩٢ ، حاشية الشرقاوي : ٢ / ٤٩٢ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٤١ ، الأم : ٦ / ٢٠٨ ، أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ٢٤١ ، وما بعدها ، الروضة : ١١ / ١٦٥) .

(٤) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وهي ساقطة من الأصل .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وساقط في الأصل ، لذا كانت عبارة الأصل غامضة ولا تفيد المعنى وهي : إن قلنا لا تجب على غيره ففي وجوبها عليه .

العامة ، وقطعته عن الحكم ، امتنع عن الكل ، ولا يخص قوماً دون قوم بالإجابة .

[عيادة المرضى وتشييع الجنائز] :

٥٢ ـ أما عيادةُ المرضى ، وتشييعُ الجنائزِ ، وإتيانُ الغائب عند مَقْدمه[١] ، فيُستحب ، فإنْ كثر ذلك أتى منه بمالا يقطعُه عن الحكمِ ، وما هيَّأه له أحدُ الخصمينِ من الطعامِ حكمُه حكمُ الهدية .

قلت : ومما يدور في خلدي ، ولم أجدْه منقولاً ، أنه لو مرض أحد الخصمين ، هل يُستحبُ له عيادتهُ ؟ أو تُكره أو تحرُمُ ؟ أو لو مات أحدهُما هل يشيعُ جنازته ؟ أو لو مات له حميٌ أو قريبٌ أو ولدٌ هل يشيع جنازته ؟ هذا كله فيه (ترددٌ عندي)[٢] ، وللنظر فيه مجال[٣] .

[ضيافة الخصم] :

٥٣ ـ ثم قال الشافعيُّ رضي الله عنه : ولا يُضيف أحدَ الخصمين[٤] ، كان الشيخ الخِضْري[٥] يقرأها : ولا يَضيف بفتح الياء ، يعني يكون القاضي ضيفاً

---

(١) في نسخة ف : قدومه .

(٢) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : عندي تردد .

(٣) انظر حكم عيادة المريض وحكم تشييع الجنائز من الحاكم بشكل عام في (المهذب : ٢ / ٢٩٣ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٤١ ، الأم : ٦ / ٢٠٨ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٩٣ ، حاشية الشرقاوي : ٢ / ٤٩٢) ، وقال ابراهيم الباجوري في (حاشيته على شرح الغزي : ٢ / ٣٦٠) : « وأن يعود المرضى ، ويشهد الجنائز ، ويزور القادمين من السفر ، ولو كان لهم خصومة ، لأن ذلك قربة » ، (وانظر : أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ٢٤٥ ، الروضة : ١١ / ١٦٦) .

(٤) مختصر المزني : ٥ / ٢٤٥ ، قال الخطيب في شرحه (الإقناع على ألفاظ أبي شجاع على هامش حاشية البجيرمي : ٤ / ٣١٣) : « ليس للقاضي حضور وليمة أحد الخصمين حالة الخصومة ، ولا حضور وليمتها ، ولو في غير محل ولايته » ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٦٦ .

(٥) محمد بن أحمد المروزي ، الإمام الكبير ، أبو عبد الله الخِضْري ، نسبة إلى الخضْر من جدوده ، الفقيه الشافعي ، إمام مرو ، ومقدم الفقهاء الشافعية ، يضرب به المثل في قوة حفظه وقلة النسيان ، وله معرفة بالحديث ، =

لأحدهما ، والجمهور قالوا : هي يُضيف بضم الياء ، يعني يكون أحدهما ضيفاً للقاضي ، وهما في الحكم سواء .

وقال أبو القاسم الداركي[1] : هذا إذا كانت دار الخصم بعيدةً عن دار القاضي ، فأما إنْ كان أحدُ الخصمين جاراً للحاكم أو من أقاربه ، جاز للقاضي أن يَدْعوه إلى داره وضيافته ، لأنّ فيه قضاءَ حقِ الجوارِ والقرابةِ ، فلا تُهْمَةَ .

قلت : وهذا عندي على العكس مما ذكره ، فإن [١٢ / أ] التهمة تَتَمكن من الجارِ والقريب أكثر من البعيد ؛ لقربهما من قلبِ الحاكم ومودتِهِ ، وكلما قَرُبَ الخصمُ من الحاكمِ بجوارٍ أو قرابةٍ كانت التهمةُ أتمّ ، (وهذه)[2] حكمةُ منعِ الحكمِ للأصولِ والفروع على أحد الآراء وعدم قبول الشهادة لهم مطلقاً ، ولذلك لا تُقبل شهادةُ الزوجِ لزوجته على قولٍ لنا ، ولا شهادةُ الصديقِ لصديقه ، عند الإمام مالكٍ[3] رضي الله عنه[4] .

= وكان ثقة ، توفي في عشر الثانين والثلاثمائة ، قال السيوطي : الخضر بالكسر جدّ ، (انظر : وفيات الأعيان : ٣ / ٢٥١ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٣ / ١٠٠ ، لب الألباب : ٩٤) .

(١) أبو القاسم الداركي ، هو عبد العزيز بن عبد الله بن محمد بن عبد العزيز ، أحد الأئمة في مذهب الشافعية ، وكان محدثاً وربما اجتهد ، وروى عنه الحاكم ، ودرس الفقه بنيسابور سنين ، ثم خرج إلى بغداد فصار المجلس له إلى وفاته ، كان يتهم بالاعتزال ، وربما أفتى على خلاف مذهب الإمامين : الشافعي وأبي حنيفة ، ويحتج بالحديث ، توفي ببغداد سنة ٣٧٥ هـ ، وكان ثقة أميناً ، (انظر : وفيات الأعيان : ٢ / ٣٦١ ، البداية والنهاية : ١١ / ٣٠٤ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٣ / ٣٣٠ ، التاج المكلل : ٧٤) .

(٢) اللفظ من عندي ، وفي الأصل ونسخة ف : وهذا .

(٣) قال المالكية : لا تقبل شهادة الصديق الملاطف لصديقه إلا إذا كان مبرِّزاً في العدالة ، ونسب ابن فرحون ذلك إلى ابن القاسم ، والملاطف هو المختص بالرجل الذي يلاطف كل منهما صاحبه ، ومعنى اللطف الإحسان والبر والتكرمة ، (انظر : حاشية الدسوقي : ٤ / ١٦٩ ، بلغة السالك لأقرب المسالك : ٢ / ٣٢٤ ، قوانين الأحكام الشرعية ، ابن جزيء : ٣٣٦ ، تبصرة الحكام : ١ / ٢٢٧ ، شرح ميارة على تحفة الحكام : ١ / ٥٧ ، البهجة في شرح التحفة ، التسولي : ١ / ٩٦) .

(٤) هو الإمام أبو عبد الله ، مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر ... إمام دار الهجرة ، وأحد الأئمة الأعلام ، جمع بين الفقه والحديث والرأي ، ولا يفتي أحد ومالك في المدينة ، وكلما أراد أن يحدث توضأ وتهيأ لتعظيم حديث =

ثم يلزم على مَساق ما ذكره جوازُ قبولِ هدية أحدهما ، إذا كان جاراً أو قريباً ، ولا قائل به مع قيامِ الخصومةِ ، فما ذكرناه أولى .

[النظر في أمر المحبسين] :

٥٤ ـ الرابع عشر : أولُ ما ينظرُ فيه[١] أمرُ المُحْبَسِين ، وطريقُه طلبُ ديوانِ الحكم مِمّن كان قاضياً قبله ، ففيها ذكرُ المحْبَسين ، فإذا حَضَرتْ بين يديه تصفَّحها ، واستعلم أحوالَهم منها ، ثم يأمُر منادياً ينادي ثلاثةَ أيامٍ ، إنْ اتسعت خطةُ البلد ، ويوماً واحداً إنْ لم تتسع ، أنَّ الحاكم عازمٌ على (كشفِ حال)[٢]، المحْبَسين في اليوم الفلاني ، فمنْ كان له غريمٌ محبوسٌ فلْيحضر ، ثم إن أمكنَ إحضارهم جملةً واحدة أحضرهم ، وقدَّم كشفَ حالِ واحدٍ واحدٍ بالقُرْعة ، (وإن لم يمكن أحضر واحداً واحداً من السجنِ بالقرعة)[٣]، فيُقدِّمُ شخصاً ويسأله عن حبسه ، فإنْ قال حَبَسني تعزيراً لِلَددٍ[٤] كان مني فلا يطلقه في الحال ، بلْ ينادي في الناس أياماً ، أنَّ فلاناً المحبوس ذكر أنَّ الحاكم الأول حبسَهُ لتعزيرٍ ، لا في حقٍّ ماليّ لخصمٍ ، فإنْ حضرَ أحدٌ وخالفَ قولَه ، وإلا أطلقه بعد أنْ يُحلِّفَه أنه ما حُبِس بحقٍّ لخصم ، وإن قال حَبَسني لتعديلِ بَيِّنة شهدتْ عليّ ، ففي جوازِ حبسه بذلك الأول وجهان ، فإنْ قلنا : (يجوزُ أن

= رسول الله ﷺ ، ولم يركب دابة في المدينة ، ومناقبه كثيرة جداً ، جمع الحديث في الموطأ ، وروى له الستة ، ولد سنة ٩٥ هـ ، وتوفي سنة ١٧٩ هـ ، وله ٨٤ سنة ، (انظر : وفيات الأعيان : ٢ / ٢٨٣ ، طبقات الفقهاء ، الشيرازي : ٦٧ ، الديباج المذهب : ١٧ وما بعدها ، البداية والنهاية : ١٠ / ١٧٤ ، مفتاح السعادة : ٢ / ٢١٦ ، الرسالة المستطرفة : ١٣ ، خلاصة : ٣ / ٣) ، وانظر : الإمام مالك ، للجندي ، مالك ، أبو زهرة .

(١) اللفظ من هامش الأصل ، وفي الأصل : في .

(٢) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : حال كشف .

(٣) ما بين قوسين من هامش الأصل ، وفي آخره : صح أصل .

(٤) اللدد شدة الخصومة .

بحبسه)[1] ، لم يجزْ للثاني إطلاقهُ ولا حبسُهُ ، إلا أنْ يَطلبَ خصمَه[2] ، وإنْ قُلنا : لا يجوزُ للأول حبسُه ، أُطلق ، وقيل : يُنظرُ : إنْ كان القاضي الأول قال : حكمتُ بحبسه ، لزمَ الثاني حبسُه ، وإن لم يقل : قد حكمتُ بحبسه ، وجب على الثاني إطلاقه ، ولكنْ لا يعجّلُ ، بل (يصبر حتى)[3] ينادي في الناسِ ثلاثةَ أيامٍ أنَّ القاضي قد حكم بإطلاق فلانٍ من حبسه .

٥٥ ـ **قلت** : هذا ما ذكره الماوردي هكذا[4] ، وفيه نظران :

أحدُهما : أنّه قال : وإنْ قلنا : لا يجوزُ حبسه ، وفصّل كما تراه ، وكان من حقه أنْ يقولَ : إذا قلنا : لا يجوز حبسه للأول ، فهذا إذا لم ير ذلك رأياً ومذهباً ، وإلا فلو رأى الأولُ حبسَه ، جاز له ذلك قولاً واحداً ، لأنّها مسألةٌ مجتهدٌ فيها ، ثم إذا رأى القاضي الأولُ حبسَه ، وحَبَسه ، فالقاضي الثاني إنْ رأى حَبْسه سائغاً بذلك فله استدامةُ حَبْسه قولاً واحداً ، وإنْ لم يرَ جوازَ حبسِهِ ، والتفريعُ على أن القاضي الأول رأى جواز حبْسه وحبسه ، فهل يديمُ الثاني حبْسَه بطلبِ الخصم ، إمضاءً لفعل الحاكم الأول ، [١٢ / ب] أو يطلقه ؟ فيه وجهان .

[فعل الحاكم وأمره ليس حكماً] :

٥٦ ـ **النظر الثاني** : أنه قال : إنْ قالَ الأولُ : حكمتُ بحبسه لزم الثاني

---

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : يجوز إن حبسه ، وفي نسخة ب : بجواز حبسه .

(٢) في الأصل : إلا أن ألا يطلب خصمه ، وألا الثانية زائدة ، وعبارة الماوردي هي : « فإن قيل بجواز حبسه لم يجز إطلاقه ، ولا إعادته إلى حبسه من غير استدعاء لخصومه لبقائه على حاله » ، (أدب القاضي ، له : ١ / ٢٢٥) . وعبارة نسخة ب : هي : ولا حبسه الآن إلا بطلب . ق ١١١ / أ ، وعبارة نسخة ف : إلا أن لا يطلب ، (وانظر : المهذب ، للشيرازي : ٢ / ٢٩٩) .

(٣) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وفي نسخة ب : حتى ينادي ، ق ١١١ / أ ، وهو متفق مع لفظ الماوردي في (أدب القاضي : ١ / ٢٢٤) .

(٤) أدب القاضي ، من كتاب الحاوي للماوردي ، تحقيق محيي هلال سرحان : ١ / ٢٢٥ .

حبْسهُ ، وإلا أطلقه الثاني ، وفي هذا إشارةٌ إلى أنَّ فعلَ الحاكم أو أمرَه بالفعلِ ليس بحكمٍ ، إنّما الحكمُ قولُه لفظاً : حكمتُ بكذا ، أو بلفظ آخر يقومُ مقامَه ، ويلزمُ عليه أنّه لو ثبت عنده قصاصٌ على قاتل عَمْداً عُدْواناً أجنبياً[1] بالبينة العادلة في موضعٍ يجب فيه القصاص ، ولم يقل حكمتُ به ، ثمَّ أمر بقتله ، أنَّ أمره لا يكون حكماً ، وهكذا أمره صاحبَ الدَّيْن بعد ثبوتِهِ أَخْذَ[2] دينه من مال (المدين)[3] ، في موضعٍ يجوز ذلك ، أنّه لا يكون حكماً ، بل لا بدَّ من اللفظ بالحكم ، وهذا عندي فيه ترددٌ ظاهرٌ ، لا يخفي تجاذبُ أطرافه على الفقيه[4] .

ثم قد ناقض قولَه هذا ، فإنه قال متصلاً بما ذكره[5] : أما إذا قال حبسني تعدياً بغير حق ، ولغيرِ خصمٍ ، فدعواه تخالفُ الظاهرَ من أحوال القضاة ، وحبسه حكمٌ فلا ينقض إلا بيقين الفسادِ ، فقوله : وحَبْسه حكمٌ دليلٌ على ما ذكرناه قطعاً .

٥٧ ـ ثم قال[6] : فيطلب منه البينة ، فإن شهدت أنّه حبسه بحق عَزَّره لكذبه على الحاكمِ الأول ، وإنْ شهدت أنّه حبسه ظُلماً ، نادى مُناديه ثلاثاً ، لحضور خصمه ، فإنْ لم يحضر له خصمٌ أطلقه بعد ثلاثٍ ، وإنْ لم تقم له بينةٌ

---

(١) أي ليس والداً ، لأن الوالد لا يقتل بولده .

(٢) العبارة في نسخة ف : وهكذا أمره لصاحب الدين بعد ثبوته بأخذه .

(٣) الكلمة من نسخة ب ، وفي الأصل : للدين ، وهو تصحيف .

(٤) يتكلم المصنف بمنطق القاضي وخبرته في الأمور ، وتجربته العملية ، ورأيه لابأس به ، وانظر تفصيل ذلك وآراء الفقهاء في شمول الحكم للثبوت وغيره من الألفاظ ، وللفعل ، (كتاب الفروق ، القرافي : ٤ / ٥٤ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٩٤ ، نظرية الدعوى ، للزميل الدكتور محمد نعيم ياسين : ٢ / ٢١٣ ، والمراجع التي أشار إليها في الهامش ، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام : ص ١٢٣ ، ١٢٨) .

(٥) أدب القاضي من كتاب الحاوي ، للماوردي : ١ / ٢٢٥ .

(٦) المرجع السابق .

أعاده إلى الحبس ، وكشفَ عن حاله إلى أن يظهرَ للقاضي أنه لا خصم له ، فيطالبه بكفيلٍ يكفل بدنَه ثم يطلقه .

فإنْ قيل : فالكفالةُ بالبدن لا تصحُّ إلا ممن ثبت عليه حق ، قلنا : وحبسه من جملة الحقوق .

فإنْ لم يجد كفيلاً استظهر القاضي في بقاء حبسه على طلبِ كفيلٍ (مدةً)[1] ، ثم يطلقه (عند)[2] إعواز الكفيل[3] .

٥٨ ـ أما إذا قال حبسني لخصم ذمي أرقْتُ له خمراً ، فإن كان القاضي الأول شافعياً ، أطلقه الثاني إن كان شافعياً أيضاً ، وإن كانا حنفيين ، أو كان الثاني حنفياً ، استدامَ حبسهُ بسؤال خصمه ، مع اعترافه بما يراه القاضي الثاني حقاً واجباً عليه ، وإن كان الأول حنفياً ، والثاني شافعياً ، لم ينقض حكم الأول لنفوذه في اجتهادٍ مشروعٍ ، وفي وجوب إمضائه على الثاني قولان[4] .

وقال الشيخ أبو نصر : إذا كان الحاكم الثاني لا يرى وجوب قيمة الخمر ، ورآه الأول ، فيه قولان ، أحدهما لا يغرّمهُ الثاني ، بل يتوقف ويجتهد في الصلح على شيء ، والثاني : ينفذ حكم الحاكم الأول .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : مُدَيْدة .

(٢) اللفظ من عندي ، وفي الأصل ونسخة ف : عن ، وهو تصحيف .

(٣) انتهى الاقتباس والنقل عن الماوردي في « أدب القاضي » من كتاب « الحاوي » مع التصرف ، (انظر : أدب القاضي : ١ / ٢٢٦) ، كما اختلط النقل في نسخة ب ، وحذفت عدة جمل فضاع المعنى منها ، ق ١١٢ / أ .

(٤) هذا إشارة إلى اختلاف الشافعية والحنفية في ضمان الخمر للذمي ، وهل هو مضمون أم لا ؟ قال الشافعية : لا قيمة للخمر سواء كانت عند ذمي أم عند مسلم ، لتحريمها عندنا ، وأن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة ، وقال الحنفية : الخمر مال غير متقوّم ، أي هو مال لتموله عند أهل الكتاب ، ولكنه غير متقوم أي لا يباح الانتفاع به من المسلم ، باعتباره مالاً عند النصارى ، فإذا اتلف المسلم خمراً للذمي فإنه يضمنه .

٥٩ ـ أما إذا قال : حَبَسني بحقٍ لغريمٍ ، وأنا مُعْسِرٌ ، فيُحْضِرُ القاضي الغريمَ ، ويستعلم منه حاله ، وطريق أمرِ الإعسار لا يخفى فلا يطول به ، وإن قال : حبسني بدين شهد [١٣ / أ] عليّ به فاسقان ، فيسأل عن حالهما ؛ فإن عُدِّلا حبسه ، وإن لم يُعدَّلا ، ولم يأت الغريمُ ببينة أخرى ، أطلقه .

وهل يحبسه في المدة التي يتعرف (فيها)[١] أحوالَ الشهود ؟ فيه وجهان .

[النظر في أمور اليتامى] :

٦٠ ـ ثم إذا فرغ من أحوال المُحْبَسين والنظرِ في أمورهم ، نظر في أمر أموال الأيتام ، الذين هم تحت نظرِه وولايته ، وببلدِ عمله ، (واحترزنا بقولنا : الذين هم تحت نظره وولايته وببلد عمله)[٢] ، عما إذا كان لليتيم مال (وعقار في عمل هذا الحاكم)[٣] ، واليتيمُ في بلد آخر ، تحت نظر الحاكم به ، فولاية التصرف في ماله إلى قاضي البلد الذي فيه اليتيم على الأصح ، وقاضي بلد المال يتصرف فيه إذا أشرف على الهلاك ، كما يتصرف في كل مالٍ غائبٍ بالحفظِ ، وأما عقارُه فينصبُ قيِّماً يحفظُه ويرممه إنْ تَداعى إلى الهلاك ، (ولا يجوزُ)[٤] له بيعه قولاً واحداً ، لا بِغِبْطةٍ ولا بغيرها ، وهل له أن يؤجره ؟ قال الإمام : لم يوافق أحد من الأئمة على جواز إيجاره ، ثم مال إلى أنه يجوز . وفي هذا نظر وبحث لا يمكن التطويل به .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بها .

(٢) ما بين القوسين من هامش الأصل ، وبعده : صح أصل .

(٣) في الأصل تقديم وتأخير يضيع المعنى ، وعبارة الأصل : إذا كان لليتيم مال في عمل هذا الحكم ، وعقار واليتيم في بلد آخر ، وفي نسخة ف : في عمل بلد الحاكم وعقار .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يجوز ، وهو خطأ .

[النظر في أمر الأمناء والقوام] :

٦١ - ثم إذا وفّى أمرَ الأوصياء ، [نَظَرَ][1] في أمر الضَوالّ واللُّقَطةِ ، ثمَّ في أمرِ الأمناء والقُوَّام ، فيتفقد أحوالهم ، فيعزلُ من يرى عزلَه مصلحةً وجائزاً ، ويُبقي منْ يرى إبقاءه على مَا يُسَوِّغه[2] الشرعُ ، وتقتضيه المصلحة .

ويحاسب الأمناءَ على ما هم مباشروه ، فإنْ اعترفوا بقبضِ أجرةٍ قدَّرها لهم المعزولُ ، فالقدرُ الزائدُ على أجرةِ المثلِ يُستَردُّ ، وهل يُقبل قولهم في أنها قدرُ أجرةِ المثل ؟ فيه وجهان .

[تصفح ديوان الحكم] :

٦٢ - ثم يتصفَّحُ ديوانَ الحكم الذي كان عند الحاكم قبله من المحاضر والسجلات ، فإن رأى شهودها أحياء ، وهي غير محتاجة إلى إثباتها عنده أبقاها ، وإن رأى فيها كتاباً ، قد مات معظم شهوده ، أو لم يبق فيه سوى شاهدين ، استدعى المسمّى فيه ، وأشار عليه بإثباته عنده ، ليدّعي هو به ، فإنّه صاحبُ الحقّ المتضمن فيه ، وإنْ رأى أنْ يظاهر على من فيه من الشهود ، ويُشهد على شهاداتهم شهودَ فروع ، فعل[3] .

والمطلوبُ سلوكُ طريقٍ يُفضي إلى بقائها ، مشفعاً بها ، إذا احتيج إليها ، فإنه حكمة اتخاذ سلة الحكم .

٦٣ - ثم ينبغي أن يرتِّبَ الكاتبَ أو غيرَه لجمع سلة حكمه إلى الأول ،

---

(١) ما بين القوسين من عندي ، وفي الأصل غير موجودة ، وموجودة مكانها كلمة : ثم .

(٢) في نسخة ب : ما يقتضيه ، ق ١١٢ / ب .

(٣) إلى هنا ينتهي النقل نهائيا في نسخة ب ، ق ١١٢ / ب ، وصرح بذلك الناسخ ، فقال : انتهى النقل من كلام ابن أبي الدم .

ويجمع محاضر كل أسبوع ، أو كل شهر في إضبارة ، ويكتبُ عليها محاضرَ أسبوع كذا ، من شهر كذا ، من سنة كذا ، وكذلك في السجلات ، ويجعلها في قِمَطْره ، ويختم عليها ختمه ، ولا يستبدل بها أحداً يحفظها غيره ، فهو الأولى والأقرب إلى حفظها ، ويذكرُ ما تضمنته إذا طال الزمن عليها ، وإن وَثِقَ وثوقاً تاماً بعدلِ مشهورِ العدالة [١٣ / ب] والعلمِ والدينِ والأمانةِ ، ورأى إيداعها عندَه لوثوقه به فلابأس ، وإنْ اتصفَ بصفة الغنى والأصالة فهو أولى .

٦٤ ـ ثم مهما طلب (منه)[١] مدعٍ نسخةَ كتاب تضَّمنَ حقاً ثابتاً عنده ، أسْعَفه به ، فإن أحضرَ المدعى عليه ، وطالبه بالمدعى به ، فأنكرَ أن يكون له في ذمته شيءٌ ، فإنْ تذكرَ القاضي الواقعة ، وأنه ثبت عنده هذا الحقُّ[٢] على المدعى عليه للمدعي ، وحكم عليه به ، أو ثبت عنده من غير حكمٍ ، وعلم ذلك جملةً وتفصيلاً ، ألزمه به .

[الاعتماد على الخط] :

٦٥ ـ وإنْ لم يتذكر الواقعة لم يبْنِ على مجردِ خطه ، ولا يعتمدُ (عليه ، ولا)[٣] على غلبةِ ظنه أنَّ هذا خطُّه ، وكذلك الشاهدُ لا يجوزُ له أداءُ شهادةِ تحمَّلها[٤] ، ثم نسيها ، اعتماداً على رؤية خطِّه .

هذا متفقٌ عليه عندنا ، وعند أبي حنيفة ، خلافاً لابن أبي ليلى[٥] وأبي يوسف .

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) في الأصل زيادة : هذا هو الحق ، ولفظ « هو » ليس موجوداً في نسخة ف .

(٣) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٤) العبارة في نسخة ف : أداء الشهادة إذا تحملها .

(٥) محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار ، وقيل داود بن بلال بن أحيْحة بن الجُلاح الأنصاري ، كان من أصحاب الرأي ، وتولى القضاء بالكوفة ، وأقام حاكما ٣٣ سنة ، وليّ لبني أمية ثم لبني العباس ، وكان فقيها مفتيا ، لم ا=

٦٦ ـ وذكر الإمامُ صورةً مختلفاً فيها ، فقال : كنا نُراجع شيخنا الإمام أبا محمد ، في رجل شهدَ بشهادة وكتبها في دستوره ، وقفل عليه قفلاً ، وتحقق أنه لم تصل يد غيره إليه ، فهل له أنْ يَشهدَ ، إذا لم يتذكرِ الشهادةَ ، والحالةُ هذه ؟ فكان يترددُ في مثل هذه الصورة ، واختارَ غيره الجوازَ فيها[١] .

وهذا بخلافِ روايةِ الحديث ، فإنه لا يشترطُ علمُ الراوي وتذكرهُ لكل حديث يرويه عن شيخه ، أنه سمعه منه تفصيلاً ، خلافاً لأبي حنيفة والصَيْدلانيّ (من أصحابنا)[٢] فإنهما اشترطا ذلك ، كما في الشهادة ، والفرق (واضح)[٣] .

فإذا لم يتذكرْ الحاكمُ الواقعةَ ، فأقامَ المدعي عنده بينةً ، أنّه ثبتَ عنده ، وحكمَ به ، لم يَسْمع البينة ، ولا يعملُ بها عندنا قولاً واحداً .

الخامس عشر : [تعقب حكم القاضي السابق] :

٦٧ ـ قال الشافعيُّ : ليس (على القاضي)[٤] أن يتعقبَ حكمَ مَنْ قبلَه ، إلى آخر كلام المزني عنه[٥] . إذا عُزل حاكمٌ ، ووُلّيَ آخرُ مكانه ، فليس عليه أنْ يتعقبَ أحكامَ من قبلَه ، لأن الظاهرَ من أحكامه الصحةُ .

= يدرك والده إلا قليلاً ، كانت بينه وبين أبي حنيفة جفوة يسيرة ، واعترض عليه في حكم ، فشكاه للأمير ، فمنع أبا حنيفة من الفتيا ، تفقه على الشعبي ، وأخذ عن الثوري ثم تهاجرا . . . ولد سنة ٩٤ هـ ، وتوفي سنة ١٤٨ هـ بالكوفة ، وهو باق على القضاء ، (انظر : وفيات الأعيان : ٣ / ٣٢٠ ، المعارف : ٤٩٤ ، البداية والنهاية : ١٠ / ١٠٥)

(١) انظر : تفصيل ذلك وأقوال العلماء في مشروعية الكتابة والاعتماد على ديوان القاضي ، والكتابة التي تتضمن شهادة وغير ذلك رسالتنا « وسائل الإثبات » : ٢ / ٤٢٠ ، ٤٥٩ ، ٤٦٤ ، وانظر مختصر المزني : ٥ / ٢٤٣ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، ونسخة ب ، ورقة ١١٠ / أ ، وفي الأصل : من أصحابها .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أوضح ؛ انظر كتاب (مغيث الخلق ، للجويني ص ١١) .

(٤) العبارة من نسخة ف ، وهو المتفق مع عبارة المزني في « المختصر » ، ومع عبارة الشافعي في « الأم » وفي الأصل : للقاضي .

(٥) مختصر المزني : ٥ / ٢٤٢ ، الأم ، الشافعي : ٦ / ٢٠٨ ، وانظر الروضة : ١١ / ١٢٩ .

فإنْ تعقَّبَ ذلك ، أو رُفعت إليه نَظَرَ فيها ، فما وجدَ منها مخالفاً للنص أو الإجماع أو القياس الجليّ أبطلَه ، وإنْ كان على وَفْق الشرع أمضاه ، وإنْ كان مجتَهداً فيه لم ينقضه ، (وهل يحكُمُ بصحته وينفِّذُه إذا طُلب منه ذلك ؟)[1] أو يُعرِضُ عنه ؟ فيه قولان ، أصحهُما عند القاضي حسين وغيره إمضاؤه .

٦٨ ـ وقال الماوردي : لا يجبُ عليه أنْ يتعقَّبَ حكمَ الحاكم قبلَه ، وهل يجوزُ له أن يتعقب ؟ فيه وجهان ، أحدُهما : وهو قول أبي حامد (الاسفراييني)[2] ، أنّه يجوزُ ، والثاني : وهو قولُ جمهور (الأصحاب)[3] البصريين ، أنّه لا يجوزُ أنْ يتعقبه من غير (تَظَلُّمٍ)[4] ، قال : فإذا ذكرَها مُتظلِّمٌ له ، لم يُحضِرِ الحاكمَ الأولَ حتى يصفها ، فإنْ وصفَها ، وذكر أنَّه حكم بما (خالفَ به نص الكتابِ أو الإجماعِ)[5] ، أو القياس الجلي ، هل يستحضره الآن [١٤ / أ] قبلَ إقامة البينة على ما ذكره ؟ فيه ثلاثةُ أوجه ، في الثالث : أنَّه إنْ اقترنَ[6] بدعواه أَمارةٌ تدل على صِحتِها أحضره ، وإلا فلا ، فإنْ قلنا : إنه يَستحضره[7] ، فأحضرَه ، استأنفَ المتظلِّمُ دعواه ، فإنْ لم تُوجب غُرْماً لم يسأل[8] هذا الحاكمَ عن جوابها ، وإن أوجبتْ غُرماً سأله ، فإن اعترف به

---

(١) ما بين القوسين مكرر في الأصل .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الاسفراني .

(٣) زيادة من نسخة ف .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : متظلم .

(٥) ما بين القوسين من نسخة ب ، ق ١١٠ / ب ، وفي الأصل : خالف به الإجماع مثلا أو النص ، وهي عبارة نسخة ف أيضا .

(٦) في نسخة ب : إن قرن ، ورقة ١١٠ / ب .

(٧) في نسخة ب : يحضره ، ورقة ١١٠ / ب ، وفي نسخة ف : يحضره وأحضره .

(٨) في نسخة ف ونسخة ب : يسأله .

ألزمه ، وإنْ أنكرَ ، هل يجب إحلافه ؟ فيه وجهان[1] .

٦٩ ـ ولو ادّعى المتظلم أنه ارتشى منه مالاً على الحكم ، جازَ إحضارُه بهـذه الدعوى ، وإحلافه عليها .

☆ ☆ ☆

(١) انتهى كلام الماوردي مع التصرف بالألفاظ ، والاختصار في النقل ، وحذف الأوجـه والتفصيل الـذي ذكره في (أدب القـاضي من كتـابـه الحـادي : ١ / ٦٩٠ ـ ٦٩٤) ، وانظر كتــاب : الإحكام في تمييز الفتــاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ، للقرافي : ١٢٨ .

البابُ الثّاني

فيما يجب على الحاكم في الخصوم والشهود

وفيه تسعة فصول

الفصلُ الأول

في

وجوب إنصاف الخصمين والتسوية بينهما

وفيه مسائل

الأولى ـ [العدل والإنصاف] :

٧٠ ـ الحاكم مأمورٌ بالعدلِ والإنصافِ بين المتحاكمين ، فيُسوِّي بينهما في الإذنِ بالدخول عليه معاً ، ولا يُفْرِدُ أحدَهما به .

وقال القاضي أبو الطيب : يُستحبُ له أنْ يُسوِّي بينهما في دخولهما عليه ، وجلوسِهما بين يديه ، وإقبالِه عليهما ، وإصغائه إليهما ، والحكمِ فيما بينهما .

وقال الشيخُ أبو نصر : ينبغي للقاضي استحباباً أنْ لا يخصَّ أحدَ الخصمين بالإذن في الدخول ، بل يُستحب أنْ يسويَ بينهما فيَ دخولِهما عليه ، وإقبالِه عليهما ، واستماعِه منهما .

٧١ ـ **قلت** : قد ذكر هذان الإمامان أنّ ذلك مستحبٌ ، لا واجبٌ ،

وجماعةٌ من أصحابنا (ذكروه بلفظـة)[1] : يَنبغي أو الأولى ، وهي قريبـةٌ من الاستحباب .

والذي أَراه أنَّ ذلك واجبٌ عليه ، لأدلة كثيرة ظـاهرة ، غير أَنَّ المنقول ما ذكرناهُ[2] ، ولفظُ الشيخ أبي إسحـاق[3] في « المهـذب » : وعلى (الحـاكم)[4] ، أنْ يسويَ بين الخصمين في الدخول والإقبـال عليهما ، والاستماع منهما[5] . ولفظـة « على » للوجوب .

[القيام للخصوم] :

٧٢ ـ فإذا دخلا لا يَخصّ[6] أحدَهما بقيام .

قال الشيخُ أبو علي : بل إما (أنْ)[7] يقومَ لهما جميعاً ، أو لا يقومَ لواحـدٍ منهما .

---

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي نسخة ب : ذكروا لفظة ، ق ٩٥ / أ ، وفي الأصل : ذكره بلفظة .

(٢) انظر : الروضـة : ١١ / ١٦١ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٠ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٤٥ ، نهـايـة المحتـاج : ٨ / ٢٦١ ، وقـال المحلي في (شرح المنهاج : ٤ / ٣٠٥) : « ليسوِ القـاضي وجوبـاً ، وقيـل استحبـابـاً بين الخصمين » ، وقـال النووي : « ثم التسوية بين الخصمين في الأمور المذكورة واجبة على الصحيح ، وبه قطع الأكثرون ، واقتصر ابن الصبـاغ على الاستحباب » (الروضة : ١١ / ١٦١) .

(٣) هـو إبراهيم بن علي بن يـوسف الشيرازي الفيرُزبـادي ، الملقب جمـال الـدين ، سكن بغـداد ، وتفقـه على أعيانها ، تولى التدريس في نظامية بغداد ، وبقي بها حتى مـات ، وصنف التصـانيف المبـاركـة المفيـدة ، منهـا المهـذب والتنبيه في الفقه ، واللمع وشرحها والتبصرة في الأصول ، والنكت في الخلاف ، والمعونة والتلخيص في الجدل ، وطبقـات الفقهاء في الرجال ، ولـه شعر حسن ، ويضرب بـه المثل في الجـدل والمنـاظرة ، كان كثير الورع ، ولـد سنـة ٣٩٣ هـ ، بفيروزباد ، وتوفي سنة ٤٧٦ هـ ، ببغداد ، ودفن بهـا ، كان يصلي ركعتين عنـد فراغ كل فصل من المهـذب ، واستمر في تـأليفـه ١٤ سنـة ، استقصى فيـه الفروع مع أدلتهـا ، وهو كتـاب مهم ، جليل القـدر ، شرحـه كثير من الفقهـاء ، وأهم شروحه المجموع للنووي والسبكي وتكلمتها للمطيعي ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٢١٥ ، وفيات الأعيـان : ١ / ٩ ، كشف الظنون : ٢ / ٥٧٥ ، البداية والنهاية : ١٢ / ١٢٤ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ١٧٣) .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، ونسخة ب ، وهو المتفق مع نص (المهذب : ٢ / ٣٠٠) ، وفي الأصل : القاضي .

(٥) المهذب : ٢ / ٣٠٠ ، التنبيه ، له : ١٥٣ .

(٦) في نسخة ب ، لم يخص ، ورقة ٩٥ / ب .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، ومن نسخة ب ، ورقة ٩٥ / ب ، وفي الأصل : إما يقوم .

وعندي : أنّه (يُكره القيامُ لهما)[1] جميعاً ؛ فإنّه قد يكون أحدُهما شريفاً ، والآخر وضيعاً ، فإذا قام لهما علم الوضيعُ أنَّ قيامَه للشريف ، وكذلك يَعْلَمُهُ[2] الشريفُ ، فيزدادُ تيهاً ، ويزدادُ الوضيعُ كسراً ، (فتركُ)[3] القيامِ لهما أقربُ إلى العدل[4] ، وأنفى للتُّهم[5] ، وعلى هذا (مضت)[6] سيرُ الحكامِ الماضين ، (فقد)[7] رُوي أنَّ المهديَّ أمير المؤمنين ، محمد بن المنصور ، تقدَّم مع خصومٍ له ، وهو أميرُ المؤمنين ، إلى قاضي البصرةِ ، عبد الله بن الحسن العَنْبَري[8] ، فلما رآه القاضي (مُقبلاً)[9] ، أطرقَ إلى الأرضِ حتى جلسَ المهديُّ مع خصومِهِ مجلسَ المتحاكمين ، فلما انقضت الحكومةُ[10] بينهم ، قام القاضي فوقفَ بين يديه ، فقالَ له المهديُّ : واللهِ ، لو قمتَ حين دخلتُ عليك لعزلتُك ، ولو لم تقم حين انقضى الحكمُ لعزلتُك .

والمهديُّ أخذَ هذا من أبيه ، فإنَّ أباه فعلَ [١٤ / ب] هكذا بالمدينة عند

---

(١) ما بين القوسين من نسخة ف ، ومن نسخة ب ، ورقة ٩٥ / ب ، وفي الأصل : يكره لهما القيام .

(٢) في نسخة ف ، ونسخة ب ، يعلم ، ورقة ٩٥ / ب .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وترك .

(٤) هذا ما نقله عن ابن أبي الدم الخطيب الشربيني في (مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٠) .

(٥) في نسخة ب ، للتهمة ، ورقة ٩٥ / ب .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، ونسخة ب ، ورقة ٩٥ / ب ، وفي الأصل : نصت .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، ونسخة ب ، ورقة ٩٥ / ب ، وفي الأصل : وقد .

(٨) هو عبد الله ، أو عبيد الله بن الحسن بن الحصين بن أبي الحسن البصري ، قاضي البصرة بعد سوار ، كان ثقة فقيهاً ، له اختيارات في الأصول والفروع ، ولد سنة مائة وقيل سنة ١٠٦ هـ ، ومات سنة ١٦٨ هـ ، قال الخطيب البغدادي : ولم يشرك في القضاء بين أحد قط ، إلا بين عبيد الله بن الحسن العنبري وبين عمر بن عامر ، روى له مسلم وأبو داود في الناسخ والمنسوخ ، قال النسائي : ثقة فقيه . (انظر : طبقات الفقهاء : ٩١ ، البداية والنهاية : ١٠ / ١٥١ ، خلاصة : ٢ / ١٩٠ ، تاريخ بغداد : ١٠ / ٣٠٦ ، تهذيب الأسماء : ١ / ٣١١) .

(٩) الكلمة زيادة من نسخة ف ، ونسخة ب ، ورقة ٩٥ / ب ، وهي غير موجودة في الأصل .

(١٠) في نسخة ف ، ونسخة ب : الخصومة ، ورقة ٩٥ / ب .

قاضيها[1] . وكلاهما (اقتفيا أثرَ)[2] عليّ بن أبي طالبٍ[3] كرَّم الله وجهه مع شُرَيْح[4] ، والقصةُ مشهورةٌ[5] .

٧٣ - نعم ، إن دخل خصمٌ ذو هيئة ، فقام له القاضي ، إما ظنا منه أنه لم يأتِ محاكِماً ، أو جَهِلَ ذلك ، أو ارتكب المحذورَ فيه ، فإمَّا أنْ يقومَ لخصمه كقيامهِ له جبْراً لما فعله ، أو يعتذرَ إليه ، بأنه (قامَ له ، و)[6] لم يشعر بمجيئه مخاصماً .

[رد السلام على الخصوم] :

٧٤ - ثمَّ إنْ دخلا ، وسلما معا ، ردَّ عليهما السلامَ جملةً ، وإنْ دخل واحدٌ

---

(١) وذلك أن الحمالين رفعوا دعوى على المنصور ، عند قاضي المدينة محمد بن عمران الطلحي ، عندما قدم المنصور حاجّاً ، فاستدعاه ، وقضى عليه لهم ، وأمره بإنصافهم ، ولما انصرفوا قال له المنصور : جزاء الله عن دينك وعن بيتك وعن حسبك وعن خليفتك أحسن الجزاء ، (انظر : الوزراء والكتاب : ١٣٧ - ١٣٨) .

(٢) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : اقتفى .

(٣) هو أبو الحسن ، علي بن أبي طالب بن عبد المطلب القرشي الهاشمي ، ابن عم رسول الله ﷺ ، وأول الناس إسلاماً ، ولد قبل البعثة بعشر سنين ، وربي في حجر النبي ﷺ ، وشهد جميع المشاهد إلا تبوك ، وتزوج فاطمة الزهراء ، وكان اللواء بيده في أكثر المشاهد ، روى عن النبي ﷺ كثيراً ، واشتهر بالفروسية والشجاعة ، كان عالماً بالقرآن واللغة والشعر ، وكان من أهل الشورى الذين نص عليهم عمر ، وبايع عثمان ، فلما قتل عثمان بايعه الناس سنة ٣٥ هـ ، واستشهد في رمضان سنة ٤٠ هـ . (انظر : الإصابة : ٤ / ٢٦٩ ، تذكرة الحفاظ : ١ / ١٠ ، المعارف : ٢٠٣ ، الاستيعاب : ٣ / ١٠٨٩ ، أسد الغابة : ٤ / ٩١ ، تهذيب الأسماء : ١ / ٣٤٤) .

(٤) شريح بن الحارث القاضي الكندي ، أبو أمية ، كان من كبار التابعين وأدرك الجاهلية ، استقضاه عمر على الكوفة ثم عثمان وعلي فمن بعدهما ، فأقام قاضياً خمساً وسبعين سنة أو ستين سنة ، إلا ثلاث سنوات في فتنة ابن الزبير امتنع فيها عن القضاء ، ثم استعفى الحجاج فأعفاه ، فلم يقض بين اثنين حتى مات سنة ٨٧ هـ ، وهو ابن مائة سنة وقيل غير ذلك ، وكان أعلم الناس بالقضاء مع الفطنة والذكاء والشعر ، وثقه ابن معين ، وروى عنه البخاري والنسائي ، (انظر : وفيات الأعيان : ٢ / ١٦٧ ، تذكرة الحفاظ : ١ / ٥٩ ، المعارف : ٤٣٣ ، خلاصة : ١ / ٤٤٧ ، البداية والنهاية : ٩ / ٢٢ ، ٧٤ ، تهذيب الأسماء : ١ / ٢٤٣) .

(٥) وهي أن علياً رضي الله عنه جلس بجنب القاضي شريح في خصومة له مع يهودي ، وقال : لو كان خصمي مسلماً جلست معه بين يديك ، ولكن سمعت رسول الله ﷺ يقول : لا تساووهم في المجالس ، (انظر : التلخيص الحبير : ٤ / ١٩٣ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٠ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٦١) .

(٦) ما بين القوسين من نسخة ف ، ومن نسخة ب ، ورقة ٩٥ : ب ، وفي الأصل : ويعتذر إليه بأنه لم يشعر بمجيئه ...

أولاً وسلَّم ، فهل يردُّ عليه السلام قبل دخولِ خصمه ، أو قبلَ سلامه ؟ فيه وجهان[1] .

[جلوس الخصوم] :

٧٥ ـ ثم يجلسُهما الحاجبُ ، أو الحاكمُ يأمرُهما بالجلوسِ بين يديه ، ويقبلُ عليهما ، ويُصغي إليهما على السَّواء[2] .

هذا إذا كانا مسلمين ، وإنْ كانا شريفين فلا بأس أنْ يُجلسَ أحدَهما عن يمينه ، والآخر عن شماله[3] ، والأولى أنْ يُجلسَهما بين يديه تعظيماً لحكم الله تعالى .

[التسوية مع الذمي] :

٧٦ ـ أمَّا إذا كان أحدُهما مسلماً والآخر ذميّاً ، فهل يَرفعُ المسلمَ عليه ؟ فيه وجهان ، أصحُهما نعم[4] .

ولو كانا كافرَيْن سوّى بينهما[5] .

المسألة الثانية ـ [إحضار الخصوم] :

٧٧ ـ إذا استعدى الحاكمَ رجلٌ على رجلٍ ، وطلبَ منه إحضارَه إلى مجلسِ الحكم ، لمخاصمته ، بعثَ الحاكمُ إليه رجلاً من أَجْريائه ، أو خاتَمه ، أو طيناً

---

(١) قال الخطيب الشربيني في (مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٠) : « فإن سلم عليه أحدهما انتظر الآخر ، أو قال له سلم ، ليجيبهما معاً إذا سلما ، قال الشيخان : وقد يتوقف في هذا إذا طال الفصل » ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٦١ .

(٢) انظر الروضة : ١١ / ١٦١ .

(٣) اللفظ في نسخة ف : يساره ، وكذا في نسخة ب .

(٤) وهو ما رجحه المحققون في المذهب ، لحديث عليّ السابق ، قال النووي رحمه الله تعالى : « والأصح رفع مسلم على ذمي فيه » . (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٠ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠٥ ، الروضة : ١١ / ١٦١ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٦١ ، المهذب : ٢ / ٣٠٠) ، وفي هامش الأصل : بلغ مقابلة .

(٥) ينتهي النقل في نسخة ب ، من الورقة ٩٦ / أ ، وينتقل الناسخ إلى المسألة الثالثة ، ويحذف الثانية نهائياً .

مختوماً بخاتَمِه إلى المطلوب لإحضاره ، ويجبُ على المدعو الإجابة ، إلا أنْ يُوكِّلَ ، أو يقضي الحق إلى الطالب ، فإنْ امتنعَ من ذلك كلهِ بعثَ الحاكمُ إلى صاحب الشرطةِ عرّفه ذلك ليُحضره إليه ، فإذا حضرَ عزَّره على امتناعه بما يَليق به ، إن لم يبدِ عذراً .

[الإجابة للحكم] :

٧٨ ـ ولو استدعى ربُّ الدينِ (المدينَ)[١] إلى حضور مجلس الحكم ، لم تلزمْه إجابتهُ ، بل يلزمهُ قضاءُ الدين ، بخلافِ إجابةِ داعي الحاكمِ[٢] ، هكذا ذكره المراوزة .

وقال العراقيونِ : إذا كان بين اثنين حكومةٌ ، ودعا أحدُهما الآخر إلى مجلس الحاكم ، وجبت عليه الإجابة ، لقوله تعالى : ﴿ إنَّما كانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنينَ إذا دُعُوا إلى اللهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهم أنْ يَقُولُوا سَمِعْنا وأَطَعْنا ﴾[٣] .

قلت : ويمكن أن يُقال : لا خلافَ بين الطريقتين ، فالذي ذكره المراوزة ، فيما إذا قال : لي عليك كذا ، فاحضُرْ معي إلى الحاكمِ ، لم يلزمْه الحضورُ ، وإنما عليه قضاءُ الدين ، إذا كان معترِفاً به ، والذي قاله العراقيون : إذا قال له : بيني وبينك محاكمةٌ ، ولم يُعْلِمْه بها ليخرجَ عنها ، فيجبُ عليه الحضورُ ، لإنه إذا لم يعلمْه لها ، لا يمكنه أنْ يخرجَ إليه منها ، فأمّا إنْ أعلمهُ بالحقِّ الذي يطالبه به ، ولم يُعرِّف له به ، فهذا موضعُ النظر ، هل يجبُ عليه أنْ يحضرَ معه باستدعائه ؟

---

(١) اللفظ من هامش الأصل .

(٢) في نسخة ف : القاضي .

(٣) سورة النور : ٥١ ، وانظر الاستدلال بهذه الآية في هذا المجال وما يؤيدها من الآثار في (أحكام القرآن ، للجصاص : ٣ / ٤٠٥ ، وأحكام القرآن ، ابن العربي : ٣ / ١٣٧٩ ، المهذب : ٢ / ٣٠١) .

هذا لم يفصلْه الأصحابُ من الطرفين ، والترددُ فيه ظاهرٌ ، لا سيَّما إذا لم يعلم أنَّ له عليه حقاً ، وأمَّا الآية (فيُمكن)[1] حملُها على إجابةِ داعي الحاكم ، ولا خلافَ في وجوبِ إجابته[2] . [١٥ / أ] .

المسألة الثالثة ـ [سؤال الخصمين] :

٧٩ ـ إذا جلسا بين يديه ، فإن بادر أحدُهما بالدعوى سمعَها ، وقال للآخر : ما تقولُ في دعواه ؟ وقيل : يسكتُ حتى يُجيبَ الآخرُ ، وليس بشيء ، لأنَّه لو تُرك وجوابَه لم يُجب ، وإنْ سكتا ، فلا بأس أنْ يقولَ الحاكمُ لهما : مَنْ المدعي منكما ؟ أو ما خطبكما ؟ وقيل : يسكتُ ولا يقول شيئاً ، فإنْ ادعى واحدٌ منهما ، وإلا أُقيما من مكانهما[3] .

قال الشافعيُّ : ويُكره للقاضي أن (يَنْهَرَهما)[4] ، لأنه إذا فعلَ ذلك بهما لحقهما حصرٌ وخوفٌ وانقطاعٌ عن حجتِهما .

[تلقين الدعوى] :

٨٠ ـ ثمّ إذا ادّعى واحدٌ منهما فاضطرب في دعواه ، فالأصحُ أنه لا يلقنه صحةَ دعواه . وقال أبو سعيد الإصطخري[5] : لا بأس بالتلقين في الدعوى ،

---

(١) وفي الأصل : يمكن ، وهي غير واضحة ، فبينها المصحح على هامش الأصل .

(٢) يوجد في الأصل لفظ : صح ، بين قوسين صغيرين .

(٣) انظر : الروضة : ١١ / ١٦٢ .

(٤) مختصر المزني : ٥ / ٢٤٥ ، واللفظ من نسخة ف ، وهو الموافق لنص الشافعي ، وفي الأصل : ينتهرهما .

(٥) هو الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسى بن الفضل بن بشار بن عبد الحميد ، أبو سعيد الإصطخري ، قاضي قُم ، أحد الرفعاء من أصحاب الوجوه ، ومن شيوخ الفقهاء الشافعيين ، ولي حسبة بغداد ، وأفتى بقتل الصابئة ، واستقضاه المقتدر على سجستان ، وله أخبار طريفة في الحسبة ، وصنف كتاباً حسناً في أدب القضاء ، ولد سنة ٢٤٤ هـ ، وتوفي ببغداد سنة ٣٢٨ هـ ، ودفن بباب حرب ، وكان ورعاً متقللاً ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٣ / ٢٣٠ ، وفيات الأعيان : ١ / ٣٥٧ ، البداية والنهاية : ١١ / ١٩٣ ، طبقات الفقهاء : ١١١ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٣٧) .

لأنه[١] لا ضررَ على خصمه في ذلك .

هذا كلُّه إذا حضَر الخصمان بأنفسهما بين يدي الحاكم للحكومة .

٨١ ـ فأما إذا استعدى الحاكمَ رجلٌ على رجلٍ ، أعداهُ عليه ، سواء عرفَ بينهما معاملة أو لم يعرف ، ومعنى إعدائه[٢] عليه : أنَّه يبعثُ رجلاً معه من أعوانه لإحضار خصمه ، وقيل : إنْ كانت العادةُ جرت بإنفاذ ختمٍ يختِمُهُ القاضي على شمعٍ أو طينٍ ، أو خطٍ من الحاكم إلى المدعو[٣] ، حتى إذا رآه حضر عند الحاكم ، فعل .

ثم استحب بعضُ الأئمة أنّ الخصمَ إذا استعدى القاضيَ على خصمٍ ، أن يقولَ له القاضي : ما الذي تدّعي عليه[٤] ، فإنْ ذكرَ أنَّه يطلبُ منه أمراً يجوز طلبه شرعاً عند هذا الحاكمِ أعداه ، وإنْ ذكر ما لا يجوز طلبه[٥] ، كثمن كلبٍ أو قيمةِ خمرٍ لذميٍّ ، لم يعْدُه ، وهذا حسنٌ بالغ[٦] .

[ترتيب الدعاوى] :

٨٢ ـ ولو حضرَ خصمان متسابقان ، فالدعوى للسابق ، ولو تَساوَقا ، وتشاحّا في التقديم ، أُقرِعَ بينهما ، إلا أنْ يكونَ أحدُهما مسافراً فيُقدم المسافرُ على الأصح ، وفيه وجهٌ أنه لا تقديم بالسفر أصلاً[٧] .

---

(١) العبارة في نسخة ف : لا بأس بتلقين الدعوى ، فإنه .

(٢) في نسخة ف : أعداه .

(٣) في نسخة ب : المدعى عليه ، ق ٩٦ / ب .

(٤) في الأصل زيادة : به ، وليست موجودة في نسخة ف .

(٥) في نسخة ف ، ونسخة ب : ما لا يرى جواز طلبه .

(٦) لفظ : بالغ ، ساقط من نسختي ف ، و ب .

(٧) انظر الروضة : ١١ / ١٦٣ .

ولو كانوا جماعة ، وفيهم قلةٌ ، قدّمَهم ، وإن كثُروا فكانوا مثل الحاضرين أو أكثر ، كالحجيج إذا نزلوا بمكة ، أو بالمدينة ، سوّى بينهم .

[سماع الدعوى ولو من العامي على السلطان] :

٨٣ ـ ثم اعلم أنَّه تسمعُ دَعْوى كل مُدعٍ على كل إنسانٍ مكلَّفٍ ، بحقٍ صحيحٍ ، سواء كانَ المدعى عليه جليلاً أو حقيراً كالسُوقة ، [أو العاميّ][1] ، إذا ادّعى على السلطان القاهر حَبّةً من ذهبٍ ، تُسمع دعواه .

وقال أبو سعيد الإصطخري : (لا تُسمع دعواه ، والحالة هذه ، لأنَّ العرفَ يكذّبه .

قال الإمام : وقال الإصطخري)[2] : إذا ادعى سفلةٌ على ملكٍ أنه أقرضه مالاً ، أو أنكحه ابنتَه ، أو استأجره لسياسة دوابّه ، لا تُسمع دعواه أخذاً من حَد المدعى عليه .

قال الإمام : ولا يَسوغُ في الدين تشويشُ القواعدِ بمثلِ هذه الوساوس .

[التقديم بدعوى واحدة] :

٨٤ ـ ثم إذا قُدّمَ واحد في دعواه بالقرعة ، فإنَّما يقدم بدعوى واحدة ، وهل يقدمُ بدعوتين أو ثلاث ؟

قال القاضي حسين : يَحتملُ وجهين ، فإنْ جوّزنا ، فلا زيادةَ على الثلاث ، وكل هذا بعيدٌ ، والأصح أنْ لا تقديم إلا في [١٥ / ب] خصومة واحدة[3] .

---

(١) في الأصل : العامي ، وقدرت « أو » لمقتضى السياق .

(٢) ما بين القوسين من هامش الأصل ، وبعدها : صح .

(٣) وهذا ما أيده النووي رحمه الله تعالى ، (انظر : الروضة : ١١ / ١٦٤) .

المسألة الرابعة ـ [إكرام الشهود] :

٨٥ ـ إذا أحْضَرَ المدعي شهودَه استُحِبَّ للقاضي إكرامُهم ، ويُكْرَهُ له أنْ يَتَعَنَّتَهم[١] ، أو ينتهرَهم .

قال القاضي أبو الطيب : قال أصحابنا : التعنُّتُ أن يُفرِّقَها مع (وُفُورِ)[٢] عقولها ، (وشدةِ)[٣] ذكائها[٤] .

وقال الشافعي رضي الله عنه : لا ينتهرُ الشاهدَ ، ولا يُتَعْتِعُه[٥] ، والتعتعة أن يتلجلج الشاهدُ في كلامه ، يريد لا يَحُوجه القاضي بانتهاره إلى أنْ يُتَعْتِعَ في كلامه ، ولا (أن)[٦] يلجلجه فيه بصياحه عليه .

وقد روى القاضي أبو الطيب أنّ شاهداً شهدَ عند أبي عمر القاضي[٧] ببيع بستان ، فقال له القاضي : كم نخلةً في البستان ؟ فقالَ له : لا أشكُ في أنَّ القاضي أعلمُ بداره مني بذلك البستان ، فقال له : نعم ، فقال له : فكم (فيها

---

(١) في نسخة ب : يتعسفهم ، ورقة ٩٧ / أ ، والأصل أصح ، لأنه سيشرح التعنت بعد ذلك .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : شدة عقولها .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ووفور .

(٤) في نسخة ف : ديانتها .

(٥) مختصر المزني : ٥ / ٢٤٥ .

(٦) الكلمة من نسخة ب ، ورقة ٩٧ / أ .

(٧) هو القاسم بن جعفر بن عبد الواحد بن العباس ، الهاشمي البصري الشافعي ، راوي سنن أبي داود ، ولد سنة ٣٢٢ هـ ، روى عنه الخطيب البغدادي ، وقال : كان ثقة أميناً ، ولي القضاء بالبصرة ، وسمعت منه سنن أبي داود ، مات سنة ٤١٤ هـ ، (انظر : البداية والنهاية : ١٢ / ١٧ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٥ / ٣١٠) .

وقد سبق الذهن في البحث إلى أن المقصود هو قاضي القضاة محمد بن يوسف بن يعقوب ، أبو عمر المالكي المتوفى سنة ٣٢٠ هـ ، لكثرة الإشارة إليه في كتب التراجم والتاريخ ، ولما يمتاز بالعلم والفضل والمنصب ، ثم رجعت عن ذلك ورجحت السابق لسببين : الأول : أن أبا الطيب الطبري الذي يروي القصة عاصر القاسم بن جعفر ، لأنه ولد سنة ٣٤٨ هـ ، وتوفي سنة ٤٥٠ هـ ، وتولى القضاء بربع الكرخ وتقدمت ترجمته صفحة ٦٣ ، الثاني : أن كليهما من الشافعية ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٥ / ١٢ ، الديباج المذهب : ١ / ٢٤١ ، البداية والنهاية : ١١ / ١٧١) .

من)[1] جِذْعٍ ؟ فسكت عنه ، وحكمَ بشهادتِه لما ظهرَ له من وفورِ عقلِه وتحصيله .

وحكى الشيخُ أبو عليّ في « شرحه الكبير »[2] : أنّ رجلين من السّوادِ شهدا عند القاضي يَحيى بن أكْثَم[3] ببستان فيها نخل[4] ، فأرادَ امتحانَهما وثبوت عقلِهما ، فقال : كم عددُ النخيلِ فيها ؟ فقالا : لا ندري ، فقال : أتشهدان على ما لا تدريان ؟ فقالا : كم في هذا المسجد من الأسطوانات ؟ فقال : لا أدري ، فقالا : لو غَصَبَه رجل[5] ، أما كان يحلُّ لك أنْ تشهدَ بأنَّ فيه أسطوانات ؟

والمقصود أن الشهودَ إن كانوا وافري العقل ، أو فقهاءَ ، فلا يفرِّقُهم ، ولا يطالبُهم في سؤاله بما لا يلزمُهم ذكرُه ، كقوله : في أي وقتٍ شهدتم ؟ وفي أي مكانٍ ؟ ومع من كنتم ؟ وماذا أكلتم ؟ ، ولا يَصيحُ عليهم ، ولا يُقطِّبُ في وجوههم ، ولا يزيدُ في الاستقصاء بما يَشُقُّ عليهم ، فإنَّ ذلك يمنعُهم منْ تحمل الشهادةِ ، ومن أدائها ، فقد روى القاضي أبو الطيب أنَّ رجلاً شهد عند

---

(١) ما بين القوسين من نسخة ف ، ونسخة ب ، وفي الأصل : فيها جذع .

(٢) شرح المختصر للشيخ أبي علي السنجي ، وكان إمام الحرمين يسمي هذا الكتاب بالمذهب الكبير ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٣٤٤) .

(٣) هو أبو محمد قاضي القضاة ، يحيى بن أكثم بن محمد بن قطن بن سمعان المروزي ، كان فقيهاً ، عالماً بالفقه ، بصيراً بالأحكام ، روى عنه الترمذي وغيره ، وهو أحد أعلام الدنيا ، ذكره الدارقطني في أصحاب الشافعي ، غلب على المأمون حتى لم يتقدمه أحد من الناس عنده فقلده قاضي القضاة ، وكان قاضياً في البصرة أيضاً ، ووقف في وجه المأمون في محنة خلق القرآن ، وأقنعه بتحريم نكاح المتعة عندما أراد إباحتها ، وله كتب في الفقه تركها الناس لطولها ، وله كتب في الأصول ، وكتاب في الرد اسمه « التنبيه » ، توفي سنة ٢٤٢ هـ وقيل ٢٤٣ هـ ، وله ٨٣ سنة ، (انظر : وفيات الأعيان : ٥ / ١٩٧ ، البداية والنهاية : ١٠ / ٣٤٤ ، خلاصة : ٣ / ١٤٣ ، التاج المكلل : ١٤٦ ، المعارف : ٥٢٠ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ١٥٠) .

(٤) في نسخة ف : نخيل .

(٥) في نسخة ب : غاصب ، ق ٩٧ / ب .

علي بن عيسى[1]، فقال له : أين شهدتَ ؟ قال : في فضاءٍ وسعني ووسعَ المشهودَ له والمشهودَ عليه . فقبلَ شهادتَه .

[تفريق الشهود] :

٨٦ ـ أما إنْ كان الشهوَدُ أغبياءَ جهلةً ، يُظنُّ بهم خبَلٌ ، وقلةُ ضبطٍ (وحفظٍ)[2]، ونقصُ رأي ، وعدمُ تثبتٍ في الشهادةِ ، وإقدامٌ عليها ، أو فُهِمَ منهم ، باستقراء أحوالهم ، تهافتُهم على الشهادةِ ، وإيثارُهم لها ، وإقدامُهم على أدائها من غير تَذَكُّرٍ لها ، لا سيما إذا انضاف إلى ذلك أخذُ الأُجرةِ عليها ، فيستحبٌّ للقاضي أنْ يفرّقَ مثلَ هؤلاء الشهود ، ويسألَ كلَّ واحدٍ منهم منفرداً ، فيقولُ : من شهد منكم أولاً ؟ وهل كتبتَ شهادتك بحبرٍ أو مدادٍ ، وعنْ وقتِ الشهادة ، فيقولُ : أيَّ وقتٍ شهدتَ ؟ وأيَّ مكان شهدتَ ؟ وعن مكان الشهادةِ ، فيقول : في أي محلة شهدتَ ؟ وفي أي دَرْبٍ شهدتَ ؟ وفي أي دار شهدتَ ؟ وفي أي موضع من الدار شهدتَ ؟

هكذا ذكره القاضي [١٦ / أ] أبو الطيب ، وهو حَسَنٌ ، فإنْ (اتفقتْ شهادتهم قَبِلَها ، وإنْ)[3] اختلفتْ شهادتُهم وأقوالُهم أَبْطلَها وأسقطَها ، وإنْ اتفقوا على كلمةٍ واحدةٍ ، وظهرت عندَه دلائلُ الصدقِ سمعَها بشروطِها[4].

---

(١) هو علي بن عيسى بن داود بن الجراح ، أبو الحسن الوزير للمقتدر والقاهر ، ولد سنة ٢٤٥ هـ ، وسمع الكثير ، وروى عنه الطبراني وغيره ، وكان ثقة نبيلاً فاضلاً عفيفاً ، كثير التلاوة والصيام والصلاة ، يحب أهل العلم ، ويكثر مجالستهم ، كثير الانفاق ، دخل مكة حين نفي من بغداد ، وله أخبار صالحة ، وتوفي سنة ٣٣٥ هـ ، وقيل سنة ٣٣٤ هـ ، ولا يوجد ترجمة بهذا الاسم في طبقات الشافعية الكبرى ، لابن السبكي ، (انظر : البداية والنهاية : ١١ / ٢١٧ ، الكامل في التاريخ ، لابن الأثير : ٦ / ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٨٤ ، ١٩٢ ، تاريخ الخلفاء : ٣٨٠) .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، ومن نسخة ب ، ورقة ٩٧ / ب ، وفي الأصل : خفض ، وقد تكون صحيحة ، لأن الخَفْض بمعنى الدعة ، وهو تهمة في الشهادة ، (انظر : القاموس المحيط : ٢ / ٣٢٩) .

(٣) ما بين القوسين زيادة من نسخة ب ، ورقة ٩٧ / ب ، وليست موجودة في الأصل ، ولا في نسخة ف .

(٤) في نسخة ب زيادة ، وهي : وإذا قبل القاضي شهادة الشهود ، قال للمدعى عليه : قد ثبت عليك الحق ، فإن كان لك دافع أو معارض فأبرزه ، وإلا فأعطه حقه ، ورقة ٩٨ / أ ، ويظهر أن الناقل نسخها من مكان آخر في =

المسألة الخامسة - [جواب المدعى عليه] :

٨٧ - إذا صحت دعوى المدعي ، وأجابَ المدعى عليه ، لا يخلو : إما أنْ يُجيبَ بالإنكار ، أو بالاعتراف . (فإنْ)[١] أجاب بالإنكار ، وطَلبَ من الحاكم إحلافَه ، أحلفه ، ولا يُحلفه إلا بطلب المدعي ، وسنذكر كيفية اليمين في الدعاوى إن شاء الله (تعالى)[٢] .

[سماع الشهادة] :

٨٨ - وإن أراد إقامة البينة عليه أحضرَ بينته ، وسأل الحاكمُ سماعَ شهادتِهم ، والمُستحبُّ للقاضي أنْ يلتفتَ إلى الشاهد ، ويأذنَ له في أداء الشهادة ، والمُستحبُّ للشاهد أن يُبَجِّلَ قدرَ القاضي في إقامة الشهادة ، فيقول : أطال اللهُ بقاءَ سيدنا الحاكم ، ويزيد من ألقابه ، والدعاء له ما يقتضيه حالُهُ وقدرُه ، ثم يقول بعد ذلك : أشهدُ بكذا وكذا ، وسنذكر في الدعاوى إن شاء الله تعالى كيفية الشهادة وأنواعها وما يُشترط في ألفاظها[٣] .

[تدوين الشهادة وتمييز الشهود] :

٨٩ - فإذا كُملت البينة ، وكان الشاهدان عدليْن عنده ، أعلم تحتَ رقمِ شهادةِ كلِّ شاهدٍ بما صورته : شهدَ عندي بذلك ، إنْ كان كلٌّ واحدٍ (منهم)[٤] شهدَ بجميعِ ما في الكتابِ ، وإن (كان)[٥] شهدَ ببعض ما في الكتاب كشهادتِه على البائع فقط في كتابِ التبايع ، أو على المشتري فقط ، أو على

= آخر الورقة ص ١٤١ ، لأن الكلام ينتهي عند هذا الحد ، وينتقل إلى الكلام عن علم القاضي والإقرار عنده .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إن .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وانظر فقرة ٢٣٢ صفحة ٢٥٢ .

(٣) فقرة ٤٠٨ وما بعدها .

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف .

المقرّ بالـدين فقـط ، دون إقراره بمَلاءَةٍ ، أو برَهْنٍ ، كتبَ تحت رقم شهـادتـه : شهد عندي بما وضع به خطه .

هـذا هو اصطلاحُنـا في أعمـالِنـا ، ولكلٍّ قـومٍ اصطـلاحٌ ، فليكتب الحـاكمُ ما اصطلح عليه حكامُ بلده .

وإنْ لم يكونا عدلين عنده ، كتب تحت شهـادتها : شهـدَ بـذلـك ، وقـال للمدعي : زِدْني في الشهودِ ، أو زَكِّ شاهديك .

وإنْ كانا متوسطيْ الحال في التعديل ، بـأنْ كان الحـاكم يقبلُ شهـادتها في قليلِ المال دونَ كثيره ، كتبَ تحت شهادتها : شهد بذلك عندي .

والمقصودُ تمييزُ الشهودِ على قَـدْر مراتبهم في إكرامهم فعلاً ومجلساً وعـلامـةً ووضعاً في الترتيب على أحسن وضع ، فـإنّـه إذا فعل ذلـك ، وميّزَ بينهم رغب الأكابر في حفظِ حقوق الناس بشهاداتهم ، وإجابتهم إليها ، وقد رُويَ عنه عليه السلام أنـه قـال : « أكْرِموا الشهودَ ، فـإنَّ الله سبحـانـه يُحيي بهم الحقـوقَ »[1] ، وإن عاملَهم بضـد ذلـك ، وسوّى بين الأعيـان منهم وبينَ من (هو)[2] دونهم ، امتنعوا عن الشهادة وتحملِها ، وانخَرَمَت قواعدُ الحكم .

[ثبوت الحق بعد الشهادة] :

٢/٨٩ ـ فإذا ثبتَ الحقُّ بشهادةِ شاهدين عدلين ، أو بعد تزكيةِ شـاهـدين

---

(١) هذا حديث ضعيف ، رواه العقيلي في الضعفاء من حديث ابن عباس ، وقال الـذهبي : إنـه منكر ، ورواه الخطيب في التاريخ وابن عساكر والبانباسي في جزئـه ، وقـال الحـافـظ أبو الفيض الغماري في كتـابـه (المغير : ٢٥) : قلت : موضوع ظـاهر البطلان ، وصرح الصغـاني بوضعـه ، وأقره العراقي . قلت : لكن معنـاه صحيح . (انظر : أسنى المطـالب : ٥٠ ، الفتـح الكبير : ١ / ٢٢٦ ، المغير : ٢٥ ، كشف الخفـا : ١ / ١٩٥ ، الفوائـد المجموعـة في الأحـاديث الموضوعة ، الشوكاني : ٢٠٠) .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

مجهولين[1] ، وطلب المدعي من الحاكم إلزامَ المدعى عليه ، بما ثبت عنده ، قالَ الحاكمُ له : قد ثبتَ الحقُّ عليك ، فإنْ كان لك دافعٌ أو معارِضٌ [١٦ / ب] فأبرزه ، وإلا فأعطِهِ حقَّه ، وسنذكر تتمة ذلك في الدعاوى إن شاء الله تعالى .

[إقرار المدعى عليه ، والقضاء بعلم القاضي] :

٩٠ ـ هذا كله إنْ أنكرَ المدعى عليه ، (فإن)[2] أقرَّ حكَمَ عليه بموجبِ إقراره ، ولا تُسمعُ عليه بينةٌ بعد إقراره ، ثم إن أقر بمجلس الحكم بمحضر من حاضريه ، فليس هذا حكماً بالعلم على الصحيح ، سواء حقق الحاضرون إقراره ، أو لم يحققوه ، لغفلتهم واشتغالهم ، أو أنهم حققوه ، ولكنهم ليسوا عدولاً .

[المقر عنده] :

٩١ ـ هذا هو الصحيحُ من المذهب ، ورأيت الماوردي قد ذكرَ شيئاً بديعاً في مواضعَ من كتابه ، فقال في الموضعِ الأول من الإقرار : الإقرارُ لا يصح إلا بأربعة شروط : الشرطُ الرابعُ منها ، وهو المقَرّ عنده ، وهو من يصيرُ الحقّ به محفوظاً ، وهو أحدُ نفْسين : إما حاكمٌ ملزِمٌ ، أو شاهدٌ متحمِلٌ ، فإنْ كان الإقرارُ عند حاكمٍ ، فمن شرطِه أن يكونَ بعد سماعه الدعوى عليه ، فإنْ أقرَّ عنده قبلَ سماعه الدعوى من غير دعوى ، ففي صحةِ الإقرار لأصحابنا وجهان : أحدُهما يصحُّ ، وحكاه ابنُ المنذر[3] عن الشافعي ، والثاني :

---

(١) العبارة في نسخة ف هي : أو بعدل يزكيه شاهدين ، وهي خطأ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وإن .

(٣) هو محمد بن إبراهيم بن المنذر ، الإمام أبو بكر النيسابوري ، نزيل مكة ، وأحد العلماء ، كان إماماً مجتهداً حافظاً ورعاً ، ألف كتباً مفيدة هامة ، منها : كتاب الإشراف في اختلاف العِلماء ، وكتاب الإجماع ، وكتاب التفسير ، وكتاب السنن والإجماع والاختلاف ، قال الذهبي : كان على نهاية من معرفة الحديث والاختلاف ، وكان مجتهداً لا يقلد أحداً ، وهو مجتهد مطلق مع كونه من أصحاب الشافعي ، قال الشيرازي : توفي سنة ٣٠٩ أو ٣١٠ هـ بمكة ، وأنكر الذهبي ذلك ، وقيل سنة ٣١٨ ، وقيل بعد ذلك . (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٣ / ١٠٢ ، طبقات الفقهاء : ١٠٨ ، وفيات الأعيان : ٣ / ٣٤٤ ، العقد الثمين : ١ / ٤٠٦) .

لا يصحُّ ، ويُشبه أنْ يكونَ اختلافُهم في هذا مخرَّجاً من اختلاف قولِه ، في أنَّ الحاكمَ ، هل له أنْ يحكمَ بعلمه أم لا ؟ هذا ما ذكره في الإقرار[1].

[شروط الحكم بعلمه] :

٩٢ ـ وقال في « كتاب القضاء »[2]: إذا قلنا بجوازِ حكمه بعلمِه على أصحِ القولينِ كان نفوذُ حكمِه بعلمه معتبراً بشرطين ، أحدهما : أن يقولَ للمنكرِ قد علمتُ أنَّ له عليك ما ادعاه ، والثاني : أنْ يقولَ له : وحكمتُ عليك بعلمي ، فإن اقتصر على أحد هذين الشرطين ، وأغفل الآخر لم ينفذ حكمه[3].

وإنْ قلنا : ليس له أن يحكمَ بعلمه ، فقد قال مالكٌ : إذا أقرَّ عنده الخصمُ لم يَجزْ أنْ يحكُمَ على المُقِر إلا أنْ يَشْهدَ بإقراره شاهدان ؛ لئلا يَصيرَ حاكماً بعلمه[4]، (واختلف)[5] أصحابنا في اعتبار هذا تفريعاً على منعِ الحكم بالعلم ،

---

(١) الحاوي الكبير ، له ، مجلد ٧ ق ١٧٣ / ب ، مخطوط بدار الكتب المصرية ، برقم ٨٣ فقه شافعي .

(٢) في نسخة ب نص يختلف عما ورد هنا ، ويتقدمه قاعدة في القضاء بعلم القاضي لا توجد في الأصل ، ولذلك نثبت فيما يلي النص كما هو : فصل القاضي لا يقضي بعلمه في حقوق الله تعالى كالزنا واللواط ، وهل يقضي بعلمه في حقوق العباد ؟ قولان ، الأظهر نعم ، ولو كان الإقرار عند حاكم فمن شرطه أن يكون بعد سماع الدعوى عليه ، فإن أقرَّ عنده قبل سماع الدعوى من غير دعوى ، قال الماوردي : ففي صحة الإقرار لأصحابنا وجهان ، أحدهما يصح ، وحكاه ابن المنذر عن الشافعي رضي الله عنه ، والثاني لا يصح ، ويشبه أن يكون اختلافهم في هذا مخرجاً من اختلاف قوله في القضاء بالعلم ، قال ذلك في كتاب الإقرار ، وقال في كتاب القضاء : وإن أقرَّ في موضع خلوة الحاكم كان حكمه بالعلم ، وفيه قولان سيأتيان ، وإن أقر بمجلس الحكم البارز للناس ، وليس به أحد سوى الخصمين ، أو كان فيه جمع ، لكن سارَّ القاضي بالإقرار ، هل يكون هذا من باب الحكم بالعلم ، فيكون على قولين أم لا ؟ فيه ة ٧٠ ورقة ٩٨ / أ ، انتهى كلامه وينتقل إلى فصل التزكية .

(٣) أدب القاضي ، له : ٢ / ٣٧٣ ، الحاوي الكبير ، له : مجلد ١٢ ق ١٠٠ / ب ، ق ١٠١ / أ ، مخطوط بدار الكتب المصرية ، رقم ٥٠١ فقه شافعي .

(٤) انظر : تفصيل قول الإمام مالك في (الفروق : ٤ / ٤٧ ، بداية المجتهد : ٢ / ٥٠٨ ، تبصرة الحكام : ٢ / ٢٦) ، وبه قال شريح ، وهو أحد قولين نقلها المزني عن الإمام الشافعي رحمه الله ، وانظر : تحقيق ذلك مع بيان آراء الفقهاء وأدلتهم ومناقشة الأدلة في (رسالتنا : وسائل الإثبات : ١ / ٢٥٠ ، وما بعدها ، ومختصر المزني : ٥ / ٢٤٦ ، الروضة : ١١ / ٢٥٦) .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فاختلف .

فذهبَ بعضُهم إلى اعتباره ، وأنّه لا يجوزُ له أن يحكمَ على المقر بإقراره حتى يشهدَ له شاهدان ؛ لئلا يصيرَ حاكماً بعلمه ، وذهب الأكثرون : إلى أنَّ الشهادةَ غيرُ معتبرَةٍ في إقرارِه في مجلسِ الحكم ، لأنّه حكمٌ بالإقرار ، وليس حكماً بالعلم .

[الإقرار قبل سؤال القاضي] :

٩٣ ـ وقال في الموضع الثالث من الأقضية : إذا ادَّعى رجلٌ على رجلٍ حقاً ، إنْ أجابَ المدعى عليه بالإقرار قَبْلَ سؤالِ المدعي ، صارَ القاضي حاكماً فيه بعلمه ، فإنْ مُنع من الحكم بالعلم صارَ شاهداً فيه ، ولم يجُز أن يحكمَ عليه إلا أنْ يقِرَّ بعد سؤاله[1] .

هذا الذي ذكره غريب .

وإنْ أقرَّ في موضعِ خلوةِ الحاكم ، كان حكماً بالعلم ، وفيه قولان سيأتيان ، وإن أقرَّ بمجلس الحكمِ البارز للناس ، وليس به أحدٌ سوى [١٧ / أ] الخصمين ، أو كان فيه جمعٌ ، ولكن سارَّ القاضي في الإقرار ، هل يكون هذا من باب الحكم بالعلم فيكون على قولين أم لا ؟ فيه قولان[2] .



---

(١) أدب القاضي : ٢ / ٣٣٧ ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٥٦ ، ١٦٧ .

(٢) اقتصر الإمام الغزالي على قول واحد ، واعتبره من القضاء بالعلم الذي رجح الغزالي عدم القضاء به ، فقال : « ويقضي على من أقرّ في مجلس القضاء ، دون من أقرّ عنده سراً » ، (الوجيز : ٢ / ٢٤١) ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٥٦ ، ١٦٧ .

الفصل الثاني

في

التزكية

٩٤ ـ لا تُسمع إلا في حق المجهول حالُه عند الحاكم ، أمَّا منْ يعرفُه بالفسق فلا يَسمعُ تزكيته ، ومن يعرفُه بالعدالة يَسمعُ قوله من غير تزكيةٍ على أصح القولين ، وفيه قولٌ أنّه لا يَسمعُ قولَه مستنِدا إلى علمه بعدالته ، بل لا بد من طلب استزكائه ، تفريعاً على قولنا أنّه لا يقضي بعلمه[1].

[شروط المزكي] :

٩٥ ـ واعلم أنْ التزكية لا تقبلُ إلا من عَدْلٍ خبيرٍ بأحوال منْ يزكيه ، خبرةً باطنةً ، سفراً وحضراً ، ومعاملةً بالدينارِ والدرهمِ ، وصُحبةً يَعْرِفُ بها بواطنَ حالِه[2].

---

(١) في هذا القول نظر ، وذلك أن للشافعية قولين في قضاء القاضي بعلمه ، ولكنهم اتفقوا على جواز قضاء القاضي بعلمه في الجرح والتعديل ، وهذا الاتفاق مطرد مع القول بجواز القضاء بعلم الحاكم ، وهو استثناء من القول بعدم جواز القضاء بعلمه . ولم أجد في المصادر التي اطلعت عليها سوى قول واحد في مسألة العمل بعلم القاضي في الجرح والتعديل ، ونص الماوردي على ذلك صراحة في (الحاوي المخطوط : ١٢ ق ١٠٠ / ب) ، فقال : « ولا خلاف بين الفقهاء أن للقاضي أن يحكم بعلمه في الجرح والتعديل » . ثم رأيت النووي أشار إلى قول ضعيف في المسألة ، فقال : « فله أن يقضي ويغنيه علمه عن تزكيتها ، وفيه وجه ضعيف للتهمة » (الروضة : ١١ / ١٥٦ ، ١٦٧) ، (وانظر : المهذب : ٢ / ٢٩٦ ، ٣٠٤ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٣ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠٦ ، حاشية الباجوري : ٢ / ٣٩٤ ، أدب القضاء ، ابن أبي الدم في هذا الكتاب : ١٥٧) ، وقال الرملي : وإذا شهد شهود فعرف [القاضي] عدالة أو فسقاً عمل بعلمه قطعا ، ولم يحتج إلى تزكية ، وإن طلبها الخصم ، (نهاية المحتاج ، له : ٨ / ٢٦٤) ، وقضاء القاضي بعلمه في الجرح والتعديل متفق عليه بين المذاهب الأربعة ، إلا رواية عند الحنابلة ووجه ضعيف عند الشافعية ، (انظر تفصيل ذلك ومراجعه ومصادره وبيانه في رسالتنا : وسائل الإثبات : ٢ / ٥٦٣) ، وقارن ما سيذكره المصنف فقرة ١٠٩ .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ١٧٠ .

[صورة التزكية] :

٩٦ ـ والتزكيةُ المطلقةُ صورتُها الكاملة أنْ يقولَ :

أشهدُ أنَّ هذا ، ويشيرُ إليه ، إنْ كان الشاهدُ المزكي لا يعرفهُ عيناً واسماً ونسباً ، أو كانَ الحاكمُ لا يعرفه ، والشاهدُ يعرفُه ، فلا بدَّ من تزكيته بمحضر منه ، والإشارة إليه ، وإنْ كانَ الحاكمُ والشاهدُ يعرفانه بعينه واسمه ونسبه ، فلا يُشترط حضورُه وقتَ التزكية ، فيقول : أشهدُ أنَّ هذا ، أو أنّ فلاناً عدلٌ عليَّ وليَ ، مقبولُ الشهادة .

وإنَّما[1] احترزنا بهذا القيد الأخير ، لأنَّه قد يكون عدلاً عليه وله ، ولا تقبل شهادتُه لتغفله[2].

[لفظة أشهد في التزكية] :

٩٧ ـ ولفظة : « أشهدُ » لا بد منها على المذهب الصحيح في التزكية وغيرها ، وحكى الإمام وجهاً بعيداً غريباً أنه لا (تتعين)[3] لفظةُ أشهد ، بل يقومُ مقامَها أعلمُ ، وأتحققُ ، وغيرُهما ، وهذا الوجهُ لم أرَ أحداً نقله سواه[4].

---

(١) في نسخة ب زيادة ، وهي : قال ابن أبي الدم : وإنما ... ورقة ٩٨ / ب .

(٢) يعقب الناقل في نسخة ب على قول ابن أبي الدم السابق ، فيقول : « وما ذكره غير صحيح ، لأن المغفل ليس بعدل له ولا عليه ، كما لا يكون عدلاً على غيره ولا له ، وليس الكلام فيما إذا قال : هو صادق فيما شهد به عليَّ ، لأن الحكم حينئذ ليس بمجرد الشهادة بل بانضمام قوله : هو صادق ، ولا يختص هذا بالمغفل ، بل يشمل الفاسق أيضاً ، ورقة ٩٨ / ب ، وقال النووي رحمه الله : « ولا تقبل شهادة المغفل الذي لا يحفظ ، ولا يضبط » (الروضة : ١١ / ٢٤١) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يتعين .

(٤) الواقع أن في المسألة قولين في المذهب ، والأصح اشتراط لفظ الشَهادة ، كما عبر النووي ، والقول الثاني : لا يشترط لفظ الشهادة ، ويكفي أعلم وأتحقق ، قال الشربيني عن القول الثاني : وهو شاذ ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٤ ، المهذب : ٢ / ٢٩٦ ، شرح المحلي على المنهاج : ٤ / ٣٠٧ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٦٦ ، الحاوي : ١٢ ق ٦٢ / أ ، الروضة : ١١ / ١٧٢) .

٩٨ ـ وقولهُ : عليّ ولي ، هل يُشترط ذكرُهما في التزكية ؟ فيه وجهان[١]، مشهوران[٢] .

[التزكية المقيدة] :

٩٩ ـ هذا في التزكيةِ المطلقة ، فأمّا[٣] التزكيةُ المقيدةُ فهو[٤] أنْ يشهدَ شاهدٌ بحقٍ ، فيزكيه شاهدان في هذا المشهود به (خاصةً)[٥]، وفي سماع هذه التزكيةِ وقبولها خلافٌ مشهورٌ ، المشهورُ في المذهب[٦] عدمُ قبولها ، والعملُ في بعض الأمصار على القبول ، للحاجة إليه .

[العدالة لا تتبعض] :

١٠٠ ـ وأصلُ هذا الخلاف أنَّ العدالةَ هل تتبعض أم لا ، المشهورُ في المذهبِ أنها لا تتبعضُ ، وأنَّ منْ كانَ عدلاً في درهم فهو عدلٌ في ألف ، لأنَّ حدَ العَدْلِ ، (وشروطَ)[٧] العدالة المعتبرة فيها ، إن وجدت كلها في هذا الشاهدِ ، كانَ عدلاً مطلقاً ، فيقبلُ قولُه مطلقاً ، وإن اختلَّ شرطٌ من شروطها انخَرَمَت عدالتُه ، ولا يُقبل قولُه أصلاً .

---

(١) القول الأول : أنه لا يشترط ذكر عبارة عليّ ولي ، قال النووي : وأنه يكفي هو عدل ، والقول الثاني : أنه يشترط ذكر عبارة « علي ولي » ، ونص عليه الشافعي في (الأم : ٦ / ٢١٠) ، والمزني في (المختصر : ٥ / ٢٤٣) ، قال القفال : ومعنى عليّ أنه ليس عدواً لي ، ومعنى لي أنه ليس ولداً لي مثلا ، والأصح هو القول الأول ، لأنه أثبت العدالة ، ولذا عبر النووي عن الثاني فقال : وقيل : يزيد عَليَّ وليَ . (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٤ ، الحاوي : ١٢ ق ٦٠ / ب ، حاشية قليوبي ٤ / ٣٠٧ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٦٦ ، حاشية الشرقاوي : ٢ / ٤٩٦) .

(٢) لفظ : مشهوران ، سقطت من نسخة ب ، وجاء مكانها : وجهان أصحها لا . ق ٩٨ / ب .

(٣) في نسخة ف : أما .

(٤) في نسخة ف : وهو .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : خاصاً .

(٦) في نسخة ب تقديم وتأخير ، وهو : خلاف مشهور في المذهب ، والمشهور ، ورقة ٩٩ / أ .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وشروطه .

وصاحبُ الوجه الآخر[1] يقول : قد يكون الشخص عدلاً في القليل ، بمعنى وثوقِ النفسِ به ، وميلِ الحاكم إلى قوله فيه ، وركانةِ قلبه إلى سماع شهادته في هذا القدْر دونَ غيره ، ولا شكَّ أنَّ العاميَّ الجاهلَ الناقصَ المرتبة إذا حسنت طريقتُه في [١٧ / ب] الدّين والمروءة تَرْكَنُ النفسُ إلى شهادته بالمالِ القليل الذي هو دون النصاب مثلا ، ولا تركَنُ إليه في آلافٍ مؤلفة ، ولا يحصلُ للحاكمِ غلبة ظنٍ بشهادته في الكثير ، حصولها في القليل ، وهذا كما أنَّ غلبة الظن بقوله وشهادته لا تساوي غلبةَ الظنِ الحاصلةَ من قولِ[2] الفقيه العالم بالأحكام الشرعية ، المتصفِ مع العلم بالدّينِ والورع وعلو المرتبةِ والأصالةِ ، فإنَّ لها أثراً عظيماً ، فكَمْ من أصيلٍ كريمِ الأبوةِ تَمْنَعُهُ أبوتُه عن الإقدامِ على ما يَخْرِمُ[3] مروءته ودينه ، ولهذا قال عمرُ بن عبد العزيز[4] ، لسالمِ بن عبد الله بن عمر[5] : قد بُليتُ هذا[6] الأمرَ ، فأشِرْ[7] عليّ بمن أُولّي ،

---

(١) في نسخة ف : الأخير .

(٢) في نسخة ب لفظ : « شهادة » بدلا من عبارة « من قول » . ق ٩٩ / أ .

(٣) من خَرِمَ يَخْرِم ، (القاموس المحيط : ٤ / ١٠٤) .

(٤) هو الخليفة الأموي عمر بن عبد العزيز بن مروان ، أبو حفص ، خامس الخلفاء الراشدين ، ولي الحكم بعد سليمان بن عبد الملك سنة ٩٩ هـ ، وكان خليفة عدلاً صالحاً عالماً ، أحد فقهاء المدينة ، ولد سنة ستين من الهجرة ، وأمه أم عاصم بنت عاصم بن عمر بن الخطاب ، ولد بحلوان مصر أيام كان أبوه والياً عليها ، وهو الذي بدأ عمارة حلوان . روى لعمر الجماعة ، ورد المظالم وأبطل البدع ، وكان منعماً قبل الخلافة ، ثم زهد في المال ، ومناقبه كثيرة ، توفي سنة ١٠١ هـ ، ودفن في ضاحية دمشق ، (انظر : فوات الوفيات : ٢ / ٢٠٦ ، تاريخ الخلفاء ، السيوطي : ٢٢٨ ، البداية والنهاية : ٩ / ١٩٢ ، طبقات الفقهاء : ٦٤ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ١٧) .

(٥) هو أبو عمرو ، سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب ، أحد فقهاء المدينة السبعة ، من كبار التابعين ، روى عن الصحابة ، وروى عنه الزهري ونافع ، وأصح الأسانيد في الحديث : الزهري عن سالم عن أبيه ، وكان زاهدا ، لا يقبل من الخلفاء شيئا ، ويلبس الصوف .

توفي سنة ١٠٦ هـ ، وقيل ١٠٨ هـ ، وصلى عليه هشام بن عبد الملك أثناء مروره في المدينة من الحج ، (انظر : وفيات الأعيان : ٢ / ٩٤ ، خلاصة : ١ / ٣٦١ ، البداية والنهاية : ١٠ / ٢٣٤ ، طبقات الفقهاء : ٦٢ ، تهذيب الأسماء : ١ / ٢٠٧) .

(٦) في نسخة ف : بهذا .

(٧) في نسخة ف : فأشره .

فقال له : عليك بأربابِ البيوت فولِّهم ، فإنهم إنْ لم تمنعْهم (ديانتُهم)[1] منعْتهم أحسابُهم .

[التزكية حق الله تعالَى] :

١٠١ ـ ويتصل بما ذكرناهَ النظرُ في أمور :

أحدِها : أنَّ التزكية حقّ لله تعالى ، فإن سكتَ الخصمُ ، ولم يَطلبْ استزكاء ، وجبَ على القاضي طلبُ تزكيته ، إلا إذا كان يعلمُ عدالته ، (ففيه)[2] خلاف سبق ذكره[3] .

[تزكية الخصم للشاهد] :

١٠٢ ـ فلو قال الخصم هما عدلان ، لكن زلاَّ في هذه القضية ، ففي وجوب الاستزكاء وجهان ، أظهرهُما[4] أنَّه يَقضي عليه من غير استزكاءٍ ، مؤاخذةً له بقوله[5] .

ولو قال : هما عَدْلان فيما شهدا عليَّ ، أو صادقان ، حكم عليه بغير تزكية[6] .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أديانهم .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فيه .

(٣) صفحة ١٤٤ ومابعدها من هذا الكتاب ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٦٧ .

(٤) في نسخة ف : أحدهما .

(٥) وذلك لأن الاستزكاء لحق المشهود عليه ، وذكر الشيرازي في (المهذب : ٢ / ٢٩٧) : قولين دون ترجيح ، والراجح خلاف المتن ، وأنه لا يكفي ذلك ، ولابد من البحث والتعديل ، لأن الاستزكاء حق لله تعالى ، ولهذا لا يجوز الحكم بشهادة الفاسق ، وإن رضي الخصم به ، كما يقول الخطيب الشربيني ، وقال النووي : والأصح أن لا يكفى في التعديل قول المدعى عليه : هو عدل وقد غلط ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٥ ، الروضة : ١١ / ١٦٧ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٦٧ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠٧ ، حاشية الباجوري على شرح ابن الغزي : ٢ / ٣٩٤) ، وهذا ما ذكره المصنف رحمه الله قبل سطرين ثم ذكره صفحة ١٥٤ .

(٦) لأن هذا القول يعتبر بمثابة إقرار منه ، فيقبل ، والإقرار حجة ملزمة على المقر ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٦٧ .

ولو قال : هما عَدْلان فقط ، هل يقضي عليه ؟ فيه وجهان ، حكاهما الشيخ أبو عليّ ، وقال القاضي حسين : إنْ قال : صَدَقَ عليَّ الشاهدُ ، أو هو عَدْلٌ فيما شهدَ علي كان إقراراً ، وهل يكونُ تعديلاً للشهود حتى لا يحتاجُ إلى المسألة عنهما ؟ فيه وجهان .

وهذا كلهُ فيما إذا كان الشهودُ مجهولين ، لم يُعرف فسقُهم ، فإن عَرَفَ الحاكمُ فسقَهم لم يقضِ الحاكمُ باعتراف الخصم بصدقِهم[1] وتعديلهم ، قولاً واحداً ، هكذا ذكره الشيخ أبو علي[2]، وللنظر فيه مجالٌ .

☆ ☆ ☆

(١) في نسخة ف : بفسقهم .

(٢) وكذلك اقتصر عليه النووي ، (انظر : الروضة : ١١ / ١٦٧) .

الفصل الثالث

في

أرباب المسائل

١٠٣ ـ هذه لفظةٌ أطلقها الشافعي رضي الله عنه ، فقال : (وأُحبّ)[١] أنْ يكونَ أصحابُ مسائِله جامعينَ للعفافِ ، إلى آخر كلامه[٢] .

واختلف الأصحابُ في أصحاب المسائل ، فمنهم من قال : أرادَ بهم المزكين ، ومنهم من قال : أراد بهم رسلَه الذين يبعثهم إلى المزكين ، ومنهم من قال : أراد (الذين)[٣] يسألُهم المزكونَ عن أحوال الناس ، ثم إنَّ الأصحابَ بينهم تباينٌ يسيرٌ في هذه المسألة ، فلا بدَّ من نقل مُلخص كلامهم ومُحصّلِه في الطريقين .

قال القاضي أبو الطيب الطبري ، ونقله عنه تلميذاه ابنُ الصَّباغِ[٤] والشيخُ أبو إسحاق ، قال : لا يخلو : إما أنْ يبعثَ أربابَ[٥] مسائله إلى قومٍ معينين ليسألوهم[٦] عن الشهود ، أو يفوّضَ إليهم السؤالَ عنهم ، من غير تعيينِ

(١) اللفظ من نسخة ف ، وهو الموافق لنص الشافعي ، وفي الأصل : واجب .

(٢) الأم ، له : ٦ / ٢٠٩ ، وعبارته : « وأحب للقاضي أن يكون أصحاب مسائله جامعين للعفاف في الطُعمة والأنفس ، وافري العقل ، برآء من الشحناء بينهم وبين الناس ، أو الحيف على أحد » . وانظر : مختصر المزني : ٥ / ٢٤٢ ، الروضة : ١١ / ١٦٨ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، ونسخة ب ، وفي الأصل : اللذين ، وهو تصحيف .

(٤) هو أبو نصر بن الصباغ ، وقد سبقت ترجمته في صفحة ٨٥ .

(٥) في نسخة ف : أصحاب ، وكذا على هامش الأصل .

(٦) في نسخة ف : ليسألهم .

[١٨ / أ] من يسألونه ، فإنْ فوّضَ إليهم السؤالَ عنهم جاز[1] .

[اشتراط العدد] :

١٠٤ ـ والعددُ شرطٌ في السؤال ، كما في الشهادة ، والعدد[2] أيضاً شرطٌ فيمن يسألهم أربابُ المسائل كالشهادة ، فإذا وقفوا على حالِهم شهدوا عنده بما يثبتُ عندَهم من جَرْحٍ أو تعديل ، وهذا لا خلاف فيه بين أصحابنا .

أمّا إذا بَعثَ بهم إلى قومٍ معينين ليسألوهم عنهم ، قال أبو إسحاق : ليس العددُ شرطاً في هذا الموضع ، بل إذا سألَ واحدٌ[3] من أصحاب المسائل أو جماعةٌ منهم عن حال الشاهد ، فإن رجع بجرْحه ، توقّفَ القاضي ، وقال للمشهودِ له : زِدْني في شهودكِ ، وإنْ رجعَ بالتزكية استدعى الحاكم المزكين الذين سألهم صاحبُ المسألة ، وسألهم عن الشهود ، فإن شهدوا بالعدالة حكم بشهادتهم ، قال أبو إسحاق : لأنَّ إخبارَ صاحبِ المسألة عن المزكي شهادة على شهادة ، (فلا تُسمع)[4] مع حضورِ شاهد الأصل .

وقال أبو سعيد الإصطخري : العددُ شرطٌ في السؤال في هذا الموضع ، ولا يجوزُ الاقتصارُ على صاحبِ مسألةٍ واحدٍ ، كما في الشهادة ، وهو ظاهرُ كلام الشافعي[5] ، وهو شهادة على الشهادة ، كما قاله أبو إسحاق ، غير أنها تقبلُ في هذا الموضع للعُذْرِ ، كما تُقبلُ الشهادة بعذر المرض والغيبة ، وههنا العذرُ قائمٌ ، لأنّه لا يجبُ على المسؤول الحضورُ عندَ الحاكم ، لتزكيةِ من يُسألُ عنه ، وليس

---

(١) انظر : المهذب ، للشيخ أبي اسحاق الشيرازي : ٢ / ٢٩٦ ، الروضة : ١١ / ١٦٨ .

(٢) في نسخة ف كالأصل ، وفي نسخة ب ، والعدالة ، ورقة ٩٩ / ب .

(٣) الراجح أنه فاعل مرفوع ، أي سأل واحد من المبعوثين عن الشخص ، وفي نسخة ف : واحداً .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ولا يسمع .

(٥) قال الشافعي : « ويحرص الحاكم على أن لا يُعرف له صاحب مسألة فيحتال له » (الأم ، له : ٦ / ٢٠٩ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٤٢) ، وانظر : المهذب : ٢ / ٢٩٦ ، الروضة : ١١ / ١٦٩ .

للحاكمِ أنْ يجبرَه عليه ، ولا يجبُ على الحاكمِ أيضاً أنْ يُحضرَه ليسألَه ، فصار عذراً في قبولِ شهادة أصحاب المسائل على شهادة المسؤولين ، كالمرض والغيبة في شهادة شاهدي الفرع على شهادة شاهدِ الأصل .

وهذا هو المذهب ، فقد حَصَل في المسألةِ أنَّ العددَ شرطٌ في التزكيةِ ، بلا خلافٍ ، والصحيحُ من المذهب أنَّه شرطٌ في السؤال(١) .

وقال الماورديُّ(٢) ، زيادة على ماذكره القاضي أبو الطيب : ومن جملةِ احتياط الحكام أنْ لا يكونَ أصحاب مسائلهم معروفين عند المشهودِ له ، والمشهود عليه ، والشهودِ والمسؤولين [عن](٣) الشهود ، ثم يكتبُ القاضي لهم اسمَ الشهود ومن شهدوا له ، وشهدوا عليه ، والحق المشهود به(٤) ، وقد يسمي أصحاب المسائل المزكين ، ثم يمضون لكشفِ حال الشهود ، ثم يخبرون الحاكم بما عرفوه من أحوالهم .

١٠٥ ـ وهل يعمل الحاكمُ بقول أصحابِ مسائله في الجَرْح والتعديل ؟ فيه وجهان ، أحدهما : نعم ، وهو ظاهرٌ مذهب الشافعي ، وقولُ أكثر أصحابه ، فعلى هذا يجوزُ أنْ يكونَ ما سمعه أصحابُ المسائل من الجيران بلفظ الخبر ، ولا يعتبرُ في الجيران العددُ ، بل المعتبرُ أنْ يقعَ في نفوسِ أصحاب المسائل صدقُ الخبر فيما أخبر به من [١٨ / ب] جَرْحٍ وتعديلٍ ، وربَّما وقعَ في نفوسِ أصحابِ المسائل صدقُ الواحد ، فجازَ أنْ يقتصرَ عليه ، وربَّما ارتابَ من قولِ الاثنين ، فيلزمهُ أنْ يستزيدَ .

---

(١) انظر : الروضة : ١١ / ١٧٠ ، المهذب : ٢ / ٢٩٦ .

(٢) أدب القاضي : ٢ / ٢٧ .

(٣) الكلمة من عندي ، حسب عبارة الماوردي في (أدب القاضي : ٢ / ٢٧) ، وفي الأصل : عند .

(٤) هذه العبارة مقتبسة من « الأم » للشافعي مع الاختصار ، (الأم : ٦ / ٢٠٩) ، وانظر : الروضة ، ١١ / ١٦٨ ، المهذب : ٢ / ٢٩٦ .

ويجوز لهم أنْ يسألوا الجار ، من أينَ علمَ تعديلَ الشاهدِ وجَرْحَه ، ولا يجوزُ للحاكمِ أنْ يسألَ أصحابَ المسائلِ من أينَ علموا تعديله وجَرْحه .

والوجه الثاني مَحْكيٌّ عن أبي إسحاق : أنَّ الشاهد بالجَرْح والتعديلِ هم الجيران[1] ، ويكون أصحابُ المسائل رسلَهم فيها ، ويجوزُ للحاكمِ سماعُ ما يذكره أصحابُ مسائله عن الجيران بلفظِ الخبر عنهم ، ويُسمُّونَ للحاكم مَنْ عدّل (أو جرح)[2] من الجيران ، ثمَّ الحاكمُ يسمعُ من الجيرانِ الشهادةَ بالجَرْح والتعديل على شرط الشهادة .

وأمّا إمامُ الحرمين فإنّه قال : قال الشافعيُّ رضي الله عنه : والمُستحبُّ أن يكونَ أصحابُ مسائله جامعين للعفّة[3] . فمن أصحابنا من قال : أراد بهم المزكينَ ، ومنهم من قال : أراد بهم الرسلَ الحاملين الرّقاع إلى المزكين للبحث عن أحوال الشهود .

وينبغي أنْ يكونَ المزكون غيرَ معروفين للناس ، خوفاً من الخديعة[4] .

١٠٦ ـ ونحن نذكر ما قيل في ذلك ، فنقول ، ذكر العراقيون طريقين ، إحداهما لأبي إسحاق المروزي[5] قال : لا يثبتُ التعديلُ مالم يُصرح المزكيان

---

(١) المهذب ، للشيرازي : ٢ / ٢٩٦ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وجرح .

(٣) الأم ، له : ٦ / ٢٠٩ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٤٢ ، الحاوي : ١٢ ق ٥٤ / أ ، المهذب : ٢ / ٢٩٦ .

(٤) انظر : المهذب : ٢ / ٢٩٦ .

(٥) هو ابراهيم بن أحمد ، أبو اسحاق المروزي ، أحد أئمة الدين ، وأحد أصحاب الوجوه في المذهب الشافعي ، كان إماماً جليلاً غواصاً على المعاني الدقيقة ، ورعا زاهداً ، انتهت إليه رياسة العلم ببغداد ، وانتشر الفقه عن أصحابه في البلاد ، وشرح مختصر المزني ، وصنف الأصول ، ثم انتقل إلى مصر آخر عمره ، وجلس في مجلس الشافعي ، واجتمع الناس عليه ، توفي سنة ٣٤٠ هـ بمصر ، ودفن بالقرب من الإمام الشافعي ، ولم يترجم له ابن السبكي في الطبقات الكبرى ، ولعله عن نسيان ، ولكن نقل كثيراً من أخباره عرضا . (انظر : حسن المحاضرة : ١ / ٣١٢ ، طبقات الفقهاء : ١١٢ ، وفيات الأعيان : ١ / ٢٧ ، طبقات الشافعية الكبرى ، بالفهرس : ٣ / ٥٠١ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ١٧٥) .

به ، (ولا تَعْويل)[1] على الرّقاعِ وأجوبتها ، ولا على أقوالِ أصحاب المسائل ، وقال أبو سعيد الإصطخري : أمَّا الرِّقاع فلا يكتفي بها ، بل لا بدَّ من تصريحِ أصحابِ المسائل ، وليكونا اثنين لابدَّ منهما بما سمعاه من قولِ المزكين ، وإنَّما اكتفى الإصطخري بأقوالِ الرُّسل ، وإنْ كانوا في مقامِ الفروع مع القدرة على سماع كلامِ الأصول ، لئلا يشتهرَ المزكون ، ويكثرَ تردُّدهم إلى مجلسِ الحاكم لذلك ، فاحتمل ذلك[2].

وأما العددُ فأحسن ترتيب فيه أن المزكي إن كان مُوَلًّى من جهة الحاكم في البحث عن العدالة والجرح فهو (كحاكمٍ)[3] في ذلك ، وإن لم يكن مُوَلًّى فلا بُدّ من العدد بلا خلاف[4].

ولابدّ من لفظ الشهادة ، (فإن)[5] اكتفينا بقول[6] الرُّسل ، هل يشترطُ لفظُ الشهادةِ ، على قياسِ قول الإصطخري ؟ فيه وجهان .

أما العددُ فلابّد منه وِفاقاً كالمترجم ، هذا ماذكره الإمام .

والنظر بعد هذا في التزكية ، وهي حقّ لله تعالى ، وحقّ على القاضي مراعاتُها ، ولا يقفُ وجوبها وبذلُ المجهود فيها على طلبِ الخصم ، ولابدَّ من شاهدين بالتزكية ، فلا يثبت (تعديلٌ)[7] إلا باثنين ، وكذلك الجَرْحُ ، لكنِ

---

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : فلا تعديل ، وعبارة الأصل صحيحة المعنى ، ولكن عبارة ف ، أكثر مناسبة .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ١٦٩ ، ١٧٢ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : حاكم .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ١٧٠ .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وإن .

(٦) اللفظ في نسخة ف : بلفظ .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، ومن نسخة ب ، وفي الأصل : وتعديل .

الجَرْحُ لا يُسمعُ إلا مُفسراً بخلاف التعديلِ ، ومهما اجتمعا قُدِمّ الجَرْح[1] .

[التعديل علانية] :

١٠٧ ـ ومتى سأل عن الشهود سِراً برِقاع أو رسل ، سألَ عن تعديلهم علانيةً ، هكذا قاله الشافعي رضي الله عنه[2] ، ومعنى العلانية [١٩ / أ] إحضارُ المزكي إلى مجلسِ الحكم ، وتكليفهُ الإشارة إلى الشاهد الذي قد عدَّله ، قال الشيخُ القفالُ : لأنّه رُبّما يُسمى الشاهدُ باسم عَدْل ، فيقول : هو عَدْل ، قال : وقد شهد عند المَعْداني[3] قاضي مَرْو رجلٌ يُسمى باسمِ عدل ، فسأل القاضي الشيخ الخِضْري عنه ، وكان الخِضْري مزكياً ، فقال : هو عَدْل ، وكان الشاهد قد زوَّر اسمه ، فالإشارة إليه تدفع هذا المحذور .

وقال سَوَّار القاضي[4] : اثنان لم أُسْبق إليهما ، فلا يتركهما حاكمٌ بعدي ، المسألةُ في السرّ ، ثم (المسألةُ)[5] في العلانية ، وكان هذا سوّار قاضياً للمنصورِ .

---

(١) انظر : الروضة : ١١ / ١٧٤ .

(٢) مختصر المزني : ٥ / ٢٤٣ ، وانظر : المهذب : ٢ / ٢٩٦ .

(٣) المَعْداني نسبة إلى مَعْدان ، وهو جد ، ولم أجد في طبقات الشافعية الكبرى أحداً بهذه النسبة إلا خالد بن مَعْدان في سند حديث ، ووجدت ترجمة لخالد في خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ، وهو خالد بن مَعْدان الكَلاعي أبو عبد الله الحمصي ، روى عن الصحابة مرسلاً ومتصلاً ، وروى عنه جماعة ، وكان من فقهاء التابعين وأعيانهم ، رُوي عنه أنه قال : أدركت سبعين من الصحابة ، وكان كثير التسبيح ، توفي سنة ثلاث أو أربع أو ثمان ومائة ، روى عنه الستة ، (خلاصة : ١ / ٢٨٤) ، ولم أجد في مفتاح السعادة والمعارف ووفيات الأعيان وفهرسة ابن خير وتبصير المنتبه من ينتسب إلى المعداني ، واقتصر السيوطي على قوله : المعداني نسبة إلى معدان ، وهو جد ، (لب الألباب : ٢٤٨) ، والخَضري توفي حوالي ٣٨٠ هـ ، وسبقت ترجمته في صفحة ١١٥ .

(٤) سَوّار بن عبد الله بن قدامة بن عنزة بن كعب ، قضى لأبي جعفر المنصور على البصرة ١٧ سنة ، وولي صلاة البصرة مرتين ، ومات وهو أميرها ، وابنه عبد الله بن سَوار ، وابن ابنه سوّار بن عبد الله بن سوار ، والثلاثة قضاة على البصرة ، وسَوار الحفيد روى عنه أبو داود والترمذي والنسائي ، قال ابن حبان في الثقات ، مات سنة ٢٤٥ هـ ، وكان لسوار الجد كاتبان من قبل أبي جعفر ، فطلب منه التسوية بينهما في الرزق ، فأنقص المنصور من الزائد ، وأرسل له المنصور كتاباً للحكم إلى القائد على التاجر فرده ، فسر المنصور لعدله ، (انظر : المعارف : ٥٩٠ ، خلاصة : ١ / ٤٣٠ ، الوزراء والكتاب : ١١٣ ، تاريخ الخلفاء : ٢٦٥ ، طبقات الفقهاء : ٩١) .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف .

ثم متى قضى القاضي بعدالةِ شاهدٍ ، ثم شهدَ عنده بعد ذلك بواقعة أخرى ، (إن)[1] طالت المدةُ ، وكان القاضي غيرَ خبيرٍ بحاله في المدة المتخللة ، فهل له القضاء بشهادته بناء على العدالةِ التي (ثَبَتَت)[2] في القضية الأولى ؟ فيه وجهان ، جمهور الأصحاب قالوا : لابدَّ من استزكاءٍ جديدٍ .

وعلى هذا ينبغي أنْ لا يُغْفِلَ القاضي المسألة عن شهوده الذين يتناوبون مجلسه للشهادة ، والمرجِعُ[3] في طول الزمن وقصره إلى العادة ، وإلى ما يغلب على ظن القاضي .

☆ ☆ ☆

---

(١) الكلمة من نسخة ف ، ومن نسخة ب ، ورقة ١٠١ / ب ، وفي الأصل : وإن .

(٢) الكلمة من نسخة ف ، وفي الأصل : تثبيت ، وفي نسخة ب : تثبت ، ورقة ١٠١ / ب .

(٣) في نسخة ف : والرجوع .

الفصل الرابع

في

القضاء بالعلم

١٠٨ ـ لاخلافَ أن القاضي يقضي بعلمه في الجَرْح ، فإذا عُدّلَ عنده شاهدٌ ، علمَ القاضي فسقَه عَمِلَ بعلمه ، ولا يقضي بشهادتِه قولاً واحداً[١] .

١٠٩ ـ أما إذا علم عدالةَ شاهدٍ ، فهل له أنْ يقضيَ بشهادتِه منْ غيرِ تزكيةِ شاهدين ؟ فيه قولان ، أصحهُما ههنا القضاء بالعدالة التي يعلمها[٢] .

١١٠ ـ وكذلك لا يقضي بخلاف علمه بلا خلاف ، كما لو شهدَ شاهدان أنْ زيداً قتل عمرواً ، وقد علم أنَّ خالداً هو القاتلُ له ، لا يقضي بشهادتها على زيدٍ بالقتل بالإجماع ، وهكذا لو شهدا على إقرار زيد بمالٍ لعمرو ، وقد علمَ أنَّ عمرواً أبرأه ، أو استوفى هذا المال منه ، عمِلَ بعلمِه[٣] ، دونَ شهادتها بلا خلاف[٤] .

١١١ ـ أما القضاءُ بالعلم الذي انفرد به ، هل يقضي به ؟ فيه قولان ، أصحهُما عند البغويّ : نعم ، قال : وهو اختيارُ المُزَنيّ . قال الرَّبيعُ[٥] : كان الشافعيُّ يرى

---

(١) انظر الروضة : ١١ / ١٦٧ .

(٢) انظر فقرة ٩٤ هامش .

(٣) فلا يقضي في الدعوى بناء على هذه الشهادة المنافية لعلمه ، وهذا باتفاق العلماء ، ولكن هل يقضي فيها بعلمه ؟ هذا هو محل الخلاف كما سيذكره المصنف رحمه الله في الفقرة التالية .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ١٥٦ .

(٥) هو أبو محمد ، الربيع بن سليمان بن عبد الجبار بن كامل ، المرادي ، المؤذن المصري ، صاحب الإمام الشافعي الذي روى أكثر كتبه ، هو آخر من روى عن الشافعي بمصر ، وأثنى عليه الشافعي خيراً ، وكان مؤذناً بمسجد عمرو ، ولد سنة ١٧٤ هـ ، وتوفي سنة ٢٧٠ هـ ، ودفن بالقرافة ، وإذا تعارضت روايته مع رواية المزني قدم الأصحاب =

القضاءَ بالعلمِ ، لكنَّه لا يُفتي به خوفاً من قضاةِ السوء[1] .

١١٢ ـ **قلتُ أنا** : أطلقَ الأصحـابُ قولين في القضـاء بـالعلم ، ولم يفرقوا بين أنْ يكونَ العلمُ الحاصلُ له عن مشاهدةٍ منه ، وبين أنْ يكونَ علمهُ بأخبـار التواترِ ، ورأيتُ الإمامَ (حكى هذا في هذا الموضعِ)[2] من النهاية ، ونحن (نحكيـه)[3] لغرضٍ لنا ، قال : القاضي ، هل يقضي بعلمه ؟ فيه خلاف ، فـإن مَنَعْنـاه ، فهل يقضي بمـا علِمه من أخبار التواتر ؟ فيه خلافٌ مرتبٌ على ماإذا عَلِمه بمشاهدة ، وأولى بـالجواز ههنا ، لأنه لا تهمة تلحقه (فيما علمه)[4] بأخبـار [١٩ / ب] التواتر ، بخلاف علمـه بغيرها ، فإنه متهمٌ ، وهذا في غاية اللطفِ والحسن .

وقد ذكرنا من قبل[5] : أنَّ منْ أقرَّ في مجلس الحكم قضى عليـه ، وليس قضـاءً بالعلم على الصحيح ، فإنّه أقوى الحُجَجِ وأعلاهـا ، فلو أقر عنـده سِراً ، هل يكون كالحكم بالعلم ؟ فيه قولان .

ولو شهد عنده شاهدٌ واحـد بمـا يعلمـه القـاضي ، هل يغني علمـه عن شـاهـد آخر ، حتى يكون كشاهدٍ آخر ، ويقضي ؟ فيه وجهان ، أصحها لا يكفي[6] .

= روايته ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٢ / ١٣٢ ، وفيـات الأعيـان : ٢ / ٥٢ ، طبقـات الفقهـاء : ٩٨ ، النجوم الزاهرة : ٣ / ٢٧٠ ، البداية والنهاية : ١١ / ٤٨ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ١٨٨) .

(١) رجح الغزالي منع القضاء بعلم القاضي ، ولخص حالات الجواز والمنع والتوقف فقـال : « ولا يقضي بعلمـه في أصح القولين ، لكن إن علم فسق الشاهد أو كذبه توقف عن القضاء ، ويغنيه علمه بعدالـة الشهود عن المزكين ، ويقضي على من أقر في مجلس القضـاء ، دون من أقر عنـده سراً » ، (الـوجيز : ٢ / ٢٤١) ، ونقـل الشربيني عبـارة الشـافعي بلفظ : « لكنه لايبوح به » ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٩٨ ، ووسائل الإثبـات ، للمحقق : ٢ / ٥٨٠ ومـا بعـدهـا ، الروضة : ١١ / ١٥٦) .

(٢) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : حكى هكذا في موضع ، وفي نسخة ب : حكى هذا في موضع .

(٣) اللفظ من نسخة ب ، وفي الأصل ، ونسخة ف : نحمله .

(٤) العبارة من نسخة ب ، وفي الأصل : فيهما ، وفي نسخة ف : فما علمه .

(٥) فقرة ٩٠ من هذا الكتاب .

(٦) انظر : الروضة : ١١ / ١٥٦ .

الفصل الخامس

في

قضاءِ القاضي لأصوله وفروعه ، وقبولِ تزكياتهم ، وقضائه على عدوّه وقضاء الوصيّ على الموصى عليه[1]

١١٤ ـ مذهب الشافعيّ رضي الله عنه أنه لا ينْفذ[2] قضاؤه لوالده ، وإن علا ، ولا لولده ، وإن سَفَل ، كما لا يُسمعُ شهادةُ بعضِهم لبعضٍ ، خلافاً لصاحبيه المزنيّ[3] وأبي ثَوْرٍ[4] في المسألتين[5] .

ولو رُفعت قضيةٌ لوالدهِ على ولدهِ ، قال البغويُّ : لا يحكمُ لوالده على ولده للبعضِيَّةِ والتُّهْمة[6] .

١١٥ ـ أما قبولُ تزكية والدهِ أو ولدهِ ، فيه وجهان : أصحُّها : لاتقبل[7] .

---

(١) العبارة في نسخة ف : وقضائه على الموصى عليه .

(٢) العبارة في نسخة ف : لا يقبل .

(٣) العبارة في نسخة ف : خلافا لأبي ثور والمزني .

(٤) هو ابراهيم بن خالد بن أبي اليمان ، أبو ثور الكلبي البغدادي ، كنيته أبو عبد الله ، ولقبه أبو ثور ، كان إماماً جليلاً فقيهاً ورعاً خيراً ، وكان من أصحاب الرأي حتى حضر الشافعي إلى بغداد فاختلف إليه ، ورجع عن الرأي إلى الحديث ، وصار صاحب الأقوال عند الشافعية ، وناقل الأقوال القديمة عنه ، توفي سنة ٢٤٠ هـ ، ببغداد . (انظر : وفيات الأعيان : ١ / ٧ ، طبقات الفقهاء : ١٠١ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٢ / ٧٤ ، البداية والنهاية : ١٠ / ٣٢٢ ، النجوم الزاهرة ، ٣ / ٣٠٣ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٠٠) .

(٥) انظر : مختصر المزني : ٥ / ٢٤٦ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٥٧ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٩٣ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠٣ ، المهذب : ٢ / ٢٩٣ ، الروضة : ١١ / ١٤٥ .

(٦) انظر : الروضة : ١١ / ١٤٦ .

(٧) انظر : الروضة ١١ / ١٤٦ ، ١٧٢ .

١١٦ ـ ولا يحكمُ على عَدُوه ، ويحكمُ له[1] .

١١٧ ـ ووصيٌّ اليتيم إذا وَلِيَ القضاءَ ، المشهورُ في المذهب أنّه لايقضي له كولده ، وقال الشيخُ القفالُ : يَقْضي له ، لأنَّ كلَّ قاضٍ فهو وَلِيُّ الأيتام ، وهذا هو الصحيح عند متأخري الأصحاب ، وعليه العمل في الأمصار[2] .

☆ ☆ ☆

(١) انظر : الروضة : ١١ / ١٤٦ .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ١٤٦ .

الفصل السّادِس

في

نقض قضائه الذي وقع منه

[مقدمة : هل الثبوت حكم ؟]

١١٨ ـ ونُقدِم على هذا مقدمةً لابدَّ منها ، وهو أنَّ الحاكمِ إذا ثبت عندَه الحقُّ بشهادةِ عدلين ، ولم يقل : حكمتُ ، ولا ألزمت ، فهل (بمجرد)[1] قوله : ثبتَ الحقُ عندي ، حكمٌ منه ، حتى لا يفتقرَ بعده إلى قوله : حكمتُ أو ألزمت ، أو ما يقوم مقامهما ؟

فيه وجهان مشهوران ، أصحُهُما أنه ليسَ بحكمٍ ، صرّح بها (كذلك)[2] الماوردي[3] ، وأشار إليهما القاضي أبو الطيب ، (والشيخ أبو نصر)[4] ، والشيخ أبو إسحاق من العراقيين ، والقاضي حسين ، والإمام ، والشيخ أبو علي من المراوزة[5] ، وسنذكرها في موضعٍ سيأتي إن شاء الله تعالى[6] .

١١٩ ـ ويَنْبني على هذا الخلاف رجوعُ الحاكم ، وتغريمُ الشاهد إذا رجع ،

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : مجرد .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٣) أدب القاضي : له : ٢ / ١٠٣

(٤) مابين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٥) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٣٩٤ ، وانظر تحقيق هذه المسألة ورأي الفقهاء فيها وأدلتهم في رسالة الزميل الدكتور محمد نعيم ياسين ، نظرية الدعوى : ٢ / ٢١٣ ، الإحكام ، القرافي : ١٣٤ ، الروضة : ١١ / ١٨٥ .

(٦) فقرة ٢٧٦ ، ٢٧٧ ، ٥٦٩ .

واليمينُ المستحقة للحكم على الميت والغائب على أحدِ القولين ، وحضورُ شاهد الأصل من الغيبة ، وبرؤُه من المرض .

فإنْ قلنا : إنَّ الثبوتَ ليس بحكمٍ ، كان للحاكمِ التوقفُ في الحكم إذا رابه أمرٌ[1] ، ولو رجعَ الشاهدُ بعدَ الثبوتِ وقَبْلَ الحكمِ ، لا يَغْرم ، وبعد الحكم يَغْرمُ على أحد القولين ، ولو حضرَ شاهدُ الأصل من الغيبة ، أو بَرِئَ من المرض بعدَ أداء شهود الفرع الشهادة ، وقبْلَ الحكم ، لم يعمل بشهادتهم ، بل يجبُ على شاهدِ الأصل [٢٠ / أ] أداءُ الشهادةِ ليعملَ بها ، وإذا قامت البينةُ على ميتٍ أو غائبٍ فقد ثبتَ الحقُّ ، بمعنى ظهرَ للحاكمِ صدقُ المدعي ، فلو سأل من الحاكم الحكمَ له بالحق ، فلابدَّ من يمينٍ للحكم على الميت قولاً واحداً ، وللحكم على الغائب على أصح القولين .

وإنْ قلنا : إنَّ الثبوتَ حكمٌ ، فمتى قال الحاكم : ثبتَ عندي الحقُّ ، فهذا حكم منه به الآن ، فتبتني عليه أحكامُ الحكم التي ذكرناها جميعها ، فلا يحتاج معه إلى قوله : وحكمت به .

[اليمين المكمِّلة] :

١٢٠ ـ بقي ههنا بحثٌ ، هو أنَّا إذا قُلنا : إنَّ الثبوتَ حكمٌ ، وكان الحقُّ على ميتٍ ، فلا بد (فيه)[2] من اليمين ، ووقتها بعدَ (تكْمِلةِ)[3] الشهادة ، وقيام البينة ، فحينئذ يُشرع اليمين ، فيُحلِّفُ الحاكمُ صاحبَ الحق اليمين المعتبرة فيه ، ثم يقولُ : ثبتَ عندي حقُّ هذا المدعي على الميت المدعى عليه ، كما يُحلِّفهُ للحكم ، ثم يحكمُ بعدَ تقدُّمِ اليمين عليه .

---

(١) العبارة في نسخة ف : إذا رأى به أمر ، وانظر : الإحكام ، للقرافي : ١٣٤ .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : تكل .

١٢١ ـ وهذا تحقيقٌ لابد من ذكره ، ولم أرَ أحداً من أصحابنا صرَّح به ، بل ما صرح أحدٌ من الشارحين بالخلاف في أنّ الثبوت حكمٌ ، أو ليس بحكم إلا شذوذ منهم ، فحصل من هذا أن البينة إذا أُقيمت على ميت أو غائب فلا نجعله حكماً مالم يحلف ، فإذا حلفَ ، قلنا : ثبتَ ، وهذا الثبوت نفسه هو عينُ الحكم ، وقيل : اليمين ، وإن تمت الشهادة لا نقول : ثبت .

١٢٢ ـ وإن كانت البينةُ مقامةً على حاضرٍ ، كان مجردُ قولِ الحاكمِ ، ثبت عندي كذا ، بعدَ أداء الشهادة ، ثبوتاً ، وهو حكمٌ بعينه .

[اليمين مع الشاهد تنوب عن اليمين المكمِّلة] :

١٢٣ ـ نعم ، قال الشيخُ أبو علي في « شرحه الكبير » : إذا ادعى على ميتٍ أو غائبٍ حقاً مالياً ، وشهد له به شاهدٌ واحدٌ ، وحلف مع شاهده ، ثبت الحقُّ ، وأغنت هذه اليمينُ المكملةُ للبينة عن يمين الحكم على الميت ، فلا تجبُ عليه يمينٌ ثانيةٌ على أصح الوجهين ، هكذا قاله الشيخ أبو علي ، وهو غريبٌ حسن[1] .

وسُئل الغزالي في « فتاويه » عن هذه المسألة الأخيرة ، فقال : تكفي يمينٌ واحدةٌ تُكمِّلُ البينةَ مع الشاهد (للحكم)[2] ، ولم يَذكرْ فيه خلافاً .

[حقيقة الحكم بالشاهد واليمين] :

١٢٤ ـ والذي عندنا في هذا كلِه ، ماهو المختار عندنا ، وهو أن الثبوتَ ليس حكماً ، وأنّه لابدَّ من يمينٍ للحكم على الغائب كالميت ، وأنه إذا حلفَ مع شاهده في حقٍ مالي ثبتَ بالشاهدِ واليمين ، فقد[3] تمَّ الآن الثبوتُ ، إمّا

(١) في نسخة ب زيادة حسنة ، وهي : وذكر البغوي فيه وجهين متقابلين ، ورقة ١٠٣ / أ .

(٢) الكلمة من عندي ، وفي الأصل : وللحكم ، وكذا في نسخة ف ، وفي نسخة ب : والحكم .

(٣) اللفظ في نسخة ف : فإنه إذا حلف ... وقد تم ، وعبارة الأصل أصح ، لأن الكلام عن الثبوت .

بالشاهدِ فقط على وجه ، أو باليمين فقط على وجه ، أو بهما على وجه هو الصحيح ، فإذا طلبَ المشهودُ له الحكمَ ، أو طلبَ استيفاءَ الحق من مالِ الميتِ المدين ، (أو الغائبِ المدين)[1] فلا بُدّ من يمينٍ ، يَستحلفُه[2] الحاكمُ بها ، كما سنصفه في الدعاوى[3] إن شاءَ الله تعالى[4] .

[الحكم الذي لا ينقض] :

١٢٥ ـ عدنا إلى نقضِ قضائه ، وإذا حَكَمَ في واقعةٍ ، إنْ حكمَ فيها باجتهاده لخلوّها عن نصٍ ، أو لم يكن مُجَمعاً عليها ، لم يَنْقُضها باجتهادٍ ثانٍ يُقاربُ ظنَه الأول ويناقِضُهُ ، وإنما يَنْقُضُ [٢٠ / ب] حكمَه الواقعَ على خلافِ نص الكتابِ أو السنةِ المتواترة أو الإجماعِ أو القياس الجلي[5] .

[الحكم الذي ينقض] :

١٢٦ ـ ويُنقض قضاؤه المستنِدُ إلى اجتهاده المخالفِ خبرَ الواحدِ الصريحِ الصحيحِ الذي لا يحتمل إلا تأويلاً بعيداً ، ينبُو الفهمُ عن قبوله على الأصحِ ، وقيل لا يُنقض[6] ، مثاله : قضاءُ الحنفي في مسألةِ خيار المجلس بنفْيه[7] ، وفي

---

(١) مابين القوسين من هامش الأصل ، وبعدها : صح .

(٢) اللفظ في نسخة ف : فيحلفه .

(٣) في نسخة ف : في اليمين في الدعاوى ، وهو زيادة ، لأن عنوان الباب الثالث : في الدعاوى ... وفيه فصول .

(٤) فقرة ٢٦٨ وما بعدها ، الفصل الخامس في الدعوى على الغائب .

(٥) انظر : الروضة : ١١ / ١٥٠ وما بعدها .

(٦) انظر : بيان ذلك مع الأدلة في (أدب القاضي من كتاب الحاوي للماوردي : ١ / ٦٨٢ ، وما بعدها ، ٦١٨ ، المهذب : ٢ / ٢٩٨ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٩٦ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٥٨ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠٤ ، الإحكام ، القرافي : ١٢٨ ، الروضة : ١١ / ١٥١ ، الأم : ٦ / ٢٠٧) .

(٧) وهو أن يكون لكل من الطرفين حق فسخ العقد مادام مجلس العقد باقياً ، وهو ما أخذ به الشافعية والحنابلة ، انظر رأي الحنفية في نفيه في (فتح القدير : ٥ / ٧٨ ، بدائع الصنائع : ٥ / ١٣٤) .

العَرَايا[1] وذَكاةِ الجنين[2] والنكاحِ بلا وليّ ، وقيل : إنَّ الأصحَ أنـه لا يُنقض في مسألةِ النكاح بلا ولي ، (وصححه في الروضة)[3] .

ويُنقض أيضاً قضاؤه إذا حكم بشهادة الفاسقين على الأصح ، وكـذلـك من قضى بصحةِ بيعِ أمهاتِ الأولادِ (نُقِضَ)[4] على الأصح[5] .

قال أصحابنا : ويُنقض قضاءُ الحنفي في مسألـة المُثَقَّل[6] ، ومعظمِ مسـائل الحدود والغصب[7] .

وقـال الشـافعيٌّ رضي الله عنـه : أنقضُ قضـاءَ من حكم لزوجـةِ المفقود أَنْ تُنْكح بعد تَرَبُّصِ أربع سنين ، وإن كان ذلك مذهبَ عمر رضي الله عنه[8] .

وكذلك يُنقض قضاء الحنفي على أحد الوجهين في مسـألـةِ العبـد المـأذون

---

(١) العرايا : جمع عرية وهي ما يفردها مالكها للأكل ، لأنها عريت عن جميع البستان ، وهو بيع الرطب على النخل بتمر في الأرض ، أو العنب في الشجر بزبيب فيما دون خمسة أوسق ، وأجازه الشافعية ترخيصاً ، لما روى البخاري ومسلم أنه ﷺ أرخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسـة أوسق ، انظر تفصيل ذلـك في (مغني المحتـاج : ٢ / ٩٤ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٢ / ٢٣٩ ، مختصر صحيح مسلم : ٢ / ٧) .

(٢) ذكاة الجنين هو ذبحه بعد ذبح أمه ، أو بمجرد ذبح الأم يكون ذبحاً للجنين ، فقال الشـافعيـة ذكاة الأم ذكاة للجنين ، وقال الحنفية لا يعتبر ذكاة الأم ذكاة للجنين ، انظر تفصيل ذلك في كتاب (فتح القـدير : ٨ / ٦١ ، وفصول في الفقه الإسلامي العام ، الدكتور محمد فوزي فيض الله : ٦٩١ وما بعدها) .

(٣) مابين القوسين من نسخة ب ، ورقة ١٠٣ / ب ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٥١ ـ ١٥٢ .

(٤) اللفظ من نسخة ب ، ورقة ١٠٣ / ب ، وفي الأصل : نقضناه ، وفي نسخة ف : ينقضه .

(٥) انظر : الروضة : ١١ / ١٥١ .

(٦) المثقل بفتح الثـاء والقـاف المشـددة أي الثقيل ، وهـو القتـل بـأداة ثقيلـة كأن يرض رأسـه بحجر كبير ، أو يضربه بعصا كبيرة أو بقضيب حديد فيقتلـه ، وحكمـه عنـد الشـافعي القصـاص إذا قُصـد بـه الفعل والشخص ، وقـال الإمام أبو حنيفة : لا قصاص فيه ، لأنه لا يستخدم في القتل عادة ، ويكون خطأ ، (انظر : مغني المحتـاج : ٤ / ٣ ، شرح المحلي : ٤ / ٩٦ ، الروضة : ١١ / ١٥١) .

(٧) انظر حكم هذه المسائل أيضاً في (مغني المحتاج : ٤ / ٣٩٧ ، حـاشيـة قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠٤ ، الروضـة : ١١ / ١٥١ ـ ١٥٢) .

(٨) انظر : الروضة : ١١ / ١٥١ .

(له)[1] في التجارة ، إذا تعدى ما صرّح له (به)[2] السيد بالاقتصار عليه ، فإنَّ أبا حنيفة صارَ إلى جواز تصرف العبد المأذون (له)[3] في التجارة في البَرِّ فقط ، فأجازَ تصرفه في غيره بقياسٍ ضعيفٍ واهٍ ، وهو قوله : إنَّ هذا العبدَ لما تعلَّقتِ العهدة به فيما أُذِنَ له فيه صار كسيده ، وله أن يفعل ما يريدُ كالسيد[4] .

وهذا من أبعد الأقيسة ، وأقربها إلى البطلان ، ونحن نقولُ : العبد لا يتصرف في مال سيده قبل إذنه إلا بإذنه ، وهذ يُوافقنا الخصم عليه[5] ، فنقول : كل من تصرف بإذنٍ اقتصرَ على ما يُؤذن له ، وهذا[6] قياسٌ جليٌّ ظاهرٌ ، لأمورٍ قاطعةٍ ، منها[7] : نفيُ الضررِ عن السيدِ المالك لهذا العبد ، ولما يتصرف فيه ، فأين العهدة وتعلقُها من هذا ، إنما العاقدُ تتعلق به عهدةُ العقدِ الذي عقده[8] ، فيصير كالوكيل المتصرف في تصرفٍ خاص بإذن موكله .

وقد قابلَنا محمدُ بن الحسن بمثل ما صرنا إليه ، ووافقه جماعة من (متقدميهم)[9] ، قالوا : يُنقض قضاءُ من قضى بالشاهد واليمين[10] ، هذا مع ما اشتهر عندهم من قضاء المصطفى صلوات الله عليه وسلامه ، والخلفاء الأربعةِ

---

(١) (٢) (٣) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٤) فتح القدير : ٧ / ٣٣٥ ، ٣٥٩ .

(٥) اللفظ في نسخة ف : فيه .

(٦) اللفظ في نسخة ف : هذا .

(٧) اللفظ في نسخة ف : فيها .

(٨) اللفظ في نسخة ف : عنده .

(٩) اللفظ من نسخة ف : وفي الأصل : متقدمهم .

(١٠) انظر رأي الحنفية في نقض قضاء القاضي المعتمد على شاهد ويمين في كتاب (فتح القدير : ٥ / ٤٨٨ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥ / ٤٠١ ، درر الحكام : ٢ / ٤٠٨ ، وانظر تفصيل ذلك في معين الحكام ، للطرابلسي : ٢٨ ـ ٢٩ ، جامع الفصولين : ١ / ٢٧ وما بعدها) ، وسوف يشير المصنف إلى ذلك فقرة ٥٨٩ .

بعدَه رضوان الله عليهم ، بالشاهد واليمين[1] .

ولـو حكم الحـاكم بشهـادةِ شـاهـدين ، أو شـاهـد ويمين ، ثم بـانَ كـونهما فاسقين ، نُقض الحكم على أصح القولين ، ولو بـانَ كونُهما عبـديْن أو كافريْن أو صبيين ، نُقض الحكم قطعاً .

ولا خـلافَ أنَّ الشاهـدين لـو رَجَعـا بعـدَ الحكم بشهـادتهما عن الشهـادة ، وصرحا بكذبهما لم يُنْقض الحكمُ برجوعهما ، وفائـدةُ رجوعِهما تغريمُهما ، على أحـد القولين ، ما أخذه المشهودُ له بشهادتهما للمشهود عليه .

وفي هذا تفصيلٌ وصورٌ [٢١ / أ] متنوعة ، محلُّها كتبُ المذهبِ فلا نُطوّلِ بها ههنا .



(١) أخرج مسلم وأحمد وأبو داود وابن ماجه والنسـائي والشـافعي عن ابن عبـاس أن رسول الله ﷺ قضى بيمين مع الشاهد ، وروى أحمد والترمذي وابن ماجـه عن جـابر مثلـه ، والأحـاديث كثيرة في ذلـك ، (انظر : صحيح مسلم بشرح النووي : ١٢ / ٣ ، سنن أبي داود ، تحقيق محيي الدين عبد الحميد ، ط ٢ : ٣ / ٤١٩ ، سنن النسائي ، ٢ / ٢٧٧ ، الأم ، للشـافعي : ٦ / ٢٧٣ ، بـدائع المنن : ٢ / ٢٣٤ ، نيل الأوطـار : ٨ / ٢٩٢ ، سبـل السـلام : ٤ / ١٣١ ، سنن ابن ماجه : ٢ / ٧٩٣ ، جامع الترمذي : ٤ / ٥٧٣) ، وانظر تفصيل ذلك فقهـاً وحـديثـاً في رسـالتنـا (وسـائل الاثبـات : ١ / ١٧٥) .

الفصل السّابع
في
أنَّ حكمَ الحاكمِ لا يُحيلُ الأمورَ عما هي عليه عندنا[1]

[صفة حكم الحاكم] :

١٢٧ ـ وقال أبو حنيفة : يُحيلُها (في)[2] الفروجِ والنسبِ دون الأنفسِ والأموالِ .

ومثالُه[3] : ما إذا شَهِد شاهدان ، يَقْبلُ القاضي أقوالَهما ، عندَه على رجل أنه طلقَ زوجته ثلاثاً ، وفرّقَ الحاكمُ بينهما بشهادتهما ، وهما عالمان بكذبهما ، فإنّه لا يجوزُ لواحدٍ منهما أن يتزوَّجَ بها مع علمِه بالحالِ ، وقالَ أبو حنيفة رضي الله عنه : يجوزُ .

وكذلك لو ادّعى رجلٌ على امرأةٍ أنَّه تزوَّجها ، ولم يكن في نفسِ الأمرِ

---

(١) انظر تحقيق هذه المسألة مع آراء المذاهب فيها ، والأمور المتفق عليها والمختلف فيها ، مع الأدلة والمناقشة ، والمراجع في ذلك : رسالتنا (وسائل الإثبات : ٢ / ٧٢١ ، وما بعدها) ، ورسالة الزميل الفاضل الدكتور محمد نعيم ياسين ، (نظرية الدعوى : ٢ / ٢٣١) ، وانظر رأي الإمام أبي حنيفة في كتاب (فتح القدير : ٥ / ٤٩٢ وما بعدها ، روضة القضاة للسّمناني : ١ / ٣٢٠ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥ / ٤٠٥) ، وانظر رأى الشافعية في كتاب (نهاية المحتاج : ٨ / ٢٥٨ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠٤ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٩٧ ، الأم : ٦ / ٢٠٢ ، مغيث الخلق في ترجيح القول الحق ، للجويني : ٧٣ وما بعدها ، الروضة : ١١ / ١٥٢ ومابعدها) .

(٢) الكلمة من نسخة ب ، ورقة ٩٢ / أ ، وفي الأصل : إلى ، وفي نسخة ف : يحلها في .

(٣) اللفظ في نسخة ف : مثاله .

تزوجها ، فشهدَ له شاهدان أنّه تزوجها[1] ، وحكم الحاكمُ بشهادتها ، حلتْ له عنده ظاهراً وباطناً ، وعندنا لا تحلُ له أصلاً .

ولو شهدَ شاهدا زُورٍ لرجلٍ أنَّ هذه المرأةَ ابنتُه ، ثبتَ نسبُها منه ظاهراً وباطناً ، وصار مَحْرَماً لها ، (ووارَثَها)[2] .

١٢٨ ـ ووافقنا على أنه إذا ادّعى على حرةٍ أنَّها أمتُه ، وشهدَ له بذلك شاهدا زُور ، وحكَم له الحاكم بها ، ليس له وطؤُها ، وكذلك لو طلَّقَ زوجته ثلاثاً ، ثم ادّعى أنَّها زوجتُه ، وشهدَ له شاهدا زور بذلك ، وقضى القاضي بالزوجية ، لا يحلُ له وطؤها ، لا خلافَ بيننا وبينه في ذلك ، وكذلك في الأموالِ والقِصاص لا تحلُ له بالحكمِ بها بشهادة الزورِ .

[القضاء في المجتهدات] :

١٢٩ ـ أما قضاءُ القاضي في المجتهدات بما غلبَ على ظنه ، وأدى إليه اجتهاده ، ذهب المتقدمون من أصحابنا ، وجماهيرُ الفقهاء ، إلى أنّه ينفذُ ظاهراً وباطناً[3] ، ويصير المقضي به هو حكمُ الله تعالى باطناً وظاهراً ، وذلك : مثلُ قضاء القاضي الحنفي بالشُفْعةِ للجار ، والمقضيُّ له شفعوي[4] ، (فينفذ)[5] ظاهراً وباطناً ، ويحلُ للشفعوي الأخذُ بهذه الشفعةِ ، وذهبَ الأستاذ أبو إسحاق الإسفرايني[6] من أصحابنا : إلى أنَّه لا ينفذُ في الباطنِ ، لأنَّ الحقَّ عندَ الله

---

(١) في نسخة ف : زوجها .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وورثها .

(٣) تقدم الكلام على جانب آخر من هذه المسألة ، وهي عدم جواز نقض الحكم المبني على الاجتهاد فقرة ١٢٥ وما بعدها ، وانظر المراجع الواردة فيها .

(٤) هذه النسبة إلى شافع خطأ ، والصواب : شافعي ، قال الفيومي : « وقول العامة شفعوي خطأ لعدم السماع ومخالفة القياس » (المصباح المنير : ١ / ٤٣٢) .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ينفذ .

(٦) هو إبراهيم بن محمد بن إبراهيم بن مهران ، أبو إسحاق الإسفرايني ، كان فقيها متكلما أصوليا ، انصرف من =

تعالى لا يتغيرُ بقضاء القاضي[1].

وقالَ بعضُ أصحابنا : إنْ كانَ المحكومُ له عالماً بالدليل ، لم ينفذِ القضاءُ في حقه باطناً ، ولا يحلُّ له أخذُه بشفعةِ الجوار ، وإنْ كان عامياً نفذَ في حقه باطناً ، وكان له الأخذُ بها[2].

أما المقضي عليه إذا كان شافعياً ، والقاضي حنفيّ ، والمقضي له بشفعة الجوار حنفيّ أيضا ، فحقّ على المقضي عليه أن يُذعِنَ لقضائه ، والله تعالى أعلم بالحق ، ممن يُثبتُ الشفعة أو ينفيها .

[هل كل مجتهد مصيب ؟] :

١٣٠ - وأصلُ الخلاف في هذه المسألة ينبني على أنَّ المجتهدَ المصيب واحدٌ ، أو أنَّ كلَ مجتهدٍ مصيبٌ .

فمن قالَ : كلُّ مجتهدٍ مصيبٌ ، كانَ الحقُّ على مذهبه في جهاتٍ متعددة ، فينفذُ حكمُ الحاكم في المجتهداتِ ظاهراً وباطناً .

ومن قال : إن المصيبَ واحدٌ ، فيكون الحقُّ في جهةٍ واحدةٍ يعلمها الله ، فلا ينفذُ ظاهراً وباطناً ، بل ظاهراً فقط .

واعلم أن هذه قاعدةٌ أصوليةٌ يَنْبَني [٢١ / ب] عليها فروعُ المذاهب[3] في

= بغداد ، وأقر له أهلها وأهل خراسان بالتقدم والفضل ، درس بمدرسة نيسابور ، وكان يلقب بركن الدين ، وهو أول من لقب من العلماء ، له تصانيف فائقة ، منها كتاب الجامع في أصول الدين ، والرد على الملحدين ، ومسائل الدور ، وتعليقة في أصول الفقه . توفي بنيسابور سنة ٤١٨ هـ ، وقيل سنة ٤١٧ هـ ، ونقل إلى بلده ودفن بمشهده . (انظر : طبقات الفقهاء : ١٢٦ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٢٥٦ ، البداية والنهاية : ١٢ / ٢٤ ، النجوم الزاهرة : ٤ / ٢٦٧ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ١٦٩) .

(١) انظر حكم هذه المسألة وآراء العلماء فيها في (الروضة : ١١ / ١٥٤) .

(٢) في نسخة ب زيادة من الناقل ، وهي : وينبغي تخصيص هذا بالعالم المجتهد دون غيره ، ورقة ٩٣ / أ .

(٣) اللفظ في نسخة ب : المذهب ، ق ٩٣ / أ .

المجتهدات ، والأصول لا تقليدَ فيها ، وإنما مذهب الشافعي رضي الله عنه مختلَفٌ فيه ، بناء على اختلاف الرواية .

قال القاضي أبو الطيب الطبريُّ : مذهبُنا أنَّ الحقَّ في واحدٍ من أقاويل المجتهدين ، وليس كلُّ مجتهدٍ مصيباً ، وقد نصَبَ اللهُ تعالى دليلاً على الحق ، فمن أصابه فقد أصاب الحق ، وله أجران ، ومن اجتهدَ فأخطأه ، فقد أخطأ الحق وتعدى فيه ، وله أجر على اجتهاده .

قال : ومن أصحابنا من قالَ : مذهبُ الشافعيِّ أنّ الحقَّ (في)[1] واحدٍ من أقاويل المجتهدين ، غيرَ أنّهم لم يُكلفوا إصابةَ الحقِ ، وإنما كُلِّفوا الاجتهادَ ، فمن اجتهد ، فأدى اجتهادُه إلى حكمٍ ، فقد أدّى ما كُلف (به)[2]، سواءً أصابَ الحقَ أو أخطأه ، هذا كلامه .

وقال القاضي حسين : مذهبُ الشافعي المختارُ : أَنَّ كلَ مجتهدٍ مصيبٌ ، إلا أنَّ أحدَهم مصيبٌ للحق عند الله تعالى ، والباقون أصابوا الحقَّ عند أنفسهم .

وقال الماورديّ[3]: الظاهرُ من مذهب الشافعي أنَّ على المجتهدِ أنْ يتصدَ باجتهاده طلبَ الحق عند الله تعالى ، لأنَّ الحقَ ما كان حقاً عند الله تعالى ، لا عندَ غيره ، ويُشبهُ أن يكونَ مذهبُ المزني أنَّ عليه أن يَقْصِدَ باجتهاده طلبَ الحق عند نفسهِ ، لا ما عندَ الله تعالى ؛ لأن ما عند الله تعالى لا يُعلم إلا بالنصوص .

قال[4]: ومذهبُ الشافعي أنَّ الاختلافَ الواقعَ بين المجتهدين في الأحكامِ

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) اللفظ من نسخة ف .

(٣) أدب القاضي من كتاب الحاوي ، له : ١ / ٥٢٥ ، وقد ذكر آراء الأئمة وأدلتهم ، وانظر : مغيث الخلق في ترجيح القول الحق : ٨ وما بعدها ، الروضة : ١١ / ١٥٠ .

(٤) أدب القاضي : ١ / ٥٢٥ .

الشرعيةِ الحقُّ في أحدِها ، وإنْ لم يتعين لنـا ، وهو عنـدَ الله تعـالى مُتعينٌ ، ثم مذهبُه (أيضـاً ومـا يوجـد)[1] في أكثر كتبـه أنَّ المصيب منهم واحـدٌ ، وإنْ لم يتعين ، وجميعُهم مخطئون إلا ذلك الواحد ، فمن أصاب الحق فقـد أصـابَ عنـد الله تعالى ، وأصاب في الحكمِ ، ومن أخطأ فقد أخطأ عنـد الله تعـالى ، وأخطـأ في الحكم[2].

ورُوي عن الشـافعي أنـه قـال : كلُّ مجتهـدٍ مُصيبٌ ، رواه عنـه بعضُ أصحابه .

[مسائل القضاء في المجتهدات] :

١٣١ ـ ومن المسـائلِ الفروعيـةِ (في القضـاء)[3] في المجتهـداتِ مـا لو خَلَّلَ حنفيٌّ خمراً ، فـأتلفَهـا شفعـوي ، فترافعـا[4] إلى حـاكمٍ حنفي ، وأثبت المـدعي بالبينة إتلافَه لها بعـد تخللهـا ، فقضى بوجوب الضمان عليـه ، لزمَـه ذلـك قولاً واحداً بحكمِ الحاكمِ ، حتى لو لم يكن للمدعي بينةٌ ، فحلف المـدعى عليـه أنـه لا يلزمُه شيءٌ ، كان كاذباً في يمينه حانثـاً ، لأنّ الاعتبـار بـاعتقـاد القـاضي دون اعتقاده .

ولو طلَّق الرجلُ زوجتَه بلفظ البينونة ، ثم راجعهـا في العِـدَّةِ ، فـامتنعت من تمكينه حتى انقضتْ عِدَّتُها ، ونكحتْ زوجـاً آخر ، وترافعَ الزوجـان الأولُ والثـاني إلى الحـاكم ، وتـداعيـاهـا ، فـإنْ كان القـاضي شفعويـاً ، وقضى بصحـة

(١) مابين القوسين زيادة من نسخة ف ، وفي نسخة ب : ومـا ظهر ، ورقـة ٩٣ / ب ، وعبـارة المـاوردي في (أدب القاضي : ١ / ٥٢٦) : وما ظهر منه .

(٢) انظر : الرسالة للإمام الشافعي : ٤٩٤ وما بعـدهـا ، الوسيـط في أصول الفقـه ، الـدكتور وهبـة الزحيلي : ٥٥٩ ، ومابعدها ، شرح النووي على صحيح مسلم : ١٢ / ١٤ ، مفيث الخلق ص ٩ .

(٣) مابين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٤) اللفظ في نسخة ف : وترافعا .

الرجعة وفساد النكاحِ الثاني ، نَفَذَ قضاؤه ، [٢٢ / أ] وحلت للأول باطناً وظاهراً ، وحرمت على الثاني باطناً وظاهراً .

وإنْ كان القاضي حَنَفياً ، وقضى بسقوط الرجعة وصحة النكاح الثاني ، حَرُمَت على الأولِ باطنا وظاهراً ، وحلت للثاني باطناً وظاهراً .

١٣٢ ـ أمّا إذا باع جاريةً من رجل ، فَجَحَدَ المشتري الشراءَ ، وحلفَ ، وقضى القاضي بها للبائع ، قال الشافعيُّ : يَنْبغي للقاضي أنْ يقولَ للجاحد : إنْ كنتَ اشتريتَها منه فاستقله ، ويقول للبائع : إن كنتَ بعتَها منه فأقِلْه ، لتحلَّ للبائع باطناً وظاهراً ، فإنْ لم يفْعلا ، أو فَعل واحدٌ دون الآخر ، قال الشيخُ أبو علي : ذكرَ الشافعيُّ فيه ثلاثةَ أقوال ، فقالَ : قد قيل : لا يحلُّ للبائعِ وطؤُها قياساً على الطلاق ، والثاني : أنّه إذا جَحَد وحلفَ فقد ردَّ البيع برضاه ، وقطعَ المِلكَ ، فللبائع أن يَسترجعَ إنْ شاء ، ويقبلَ الردّ ، ليحلَّ له الردُّ ، والثالث : أنّه إذا جَحَد وحلفَ ، تعذّر على البائع أخذُ الثمن منه ، فيرجعُ في عينِ ما باعه ، ويفسخُ العقدَ فيه ، كمَنْ أفلسَ بالثمن ، كان للبائعِ الرجوعُ في عين ماله .

وقال الماوردي : فيه ثلاثةُ أوجه ، أحدُها : يعودُ إلى البائع مِلكا للمشتري ، ليَبيعها فيما يستحقه من ثمنِها عليه ، ولا يحلُّ له وطؤُها ، وما يَزيدُ من ثمنها يلزمهُ ردُّه على المشتري ، وما نقصَ يبقى له في ذمته ، والوجهُ الثاني : أنَّ الجحودَ يجري مجرى الإقالة ، فإنْ أرادَ البائعُ إعادتها إلى ملكه أظهرَ الإقالة ، وحُكم له بعد إظهارها ، وإنْ لم يُرد إعادَتها إلى مِلكه لم تَحِلّ له ، وكانت في يده ليستوفيَ ببيعها ما له من ثمنها ، وفي جوازِ انفرادِه ببيعها وجهان ، والثالثُ : أن الجحودَ يجري مَجرى الفلس لتعذُّرِ الوصولِ إلى الثمنِ ،

فإنْ أرادَ أنْ يتملكها ، قال : قد اخترتُ عينَ مالي ، وفي جوازِ انفراده[1] بهذا القولِ من غيرِ حاكمٍ وجهان ، ثم هي حلالٌ له ، وإن لم يُرد أنْ يتملَّكها كانت (في)[2] يده للمشتري ، (ليستوفيَ)[3] ثمنها من بيعها .

١٣٣ ـ وقال القاضي أبو الطيب : إذا تحالفَ المتبايعانِ عند الاختلاف ، إن قلنا : (لا)[4] ينفسخ بنفس التحالف بل بحكمِ الحاكم ، هل ينفذُ ظاهراً وباطناً ، أم ظاهراً فقط ؟ فيه وجهان[5].

وقال الإمام : إذا فوَّضنا الفسخَ إلى الحاكمِ ، فالمذهبُ الظاهرُ أنَّ الفسخَ يقع باطناً ، لينتفعَ به المحقُّ المعذورُ ، وإن جوزنا الفسخَ للمتعاقدين ، فإنْ تطابقا عليه انفسخ باطنا كالمُقايلة[6] ، وإن فسخَ الصادقُ منهما انفسخ أيضاً باطنا[7] ، وإن فسخَ الكاذب ، لم ينفسخ في الباطن[8] ، ولكنْ طريقُ الصادقِ إنشاءُ الفسخ إنْ أراده .

١٣٤ ـ ثم هل يجوزُ وطءُ الجاريةِ للمشتري بعد التنازع[9] ، وقبل

(١) اللفظ في نسخة ف : تفرده .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يستوفي .

(٤) الكلمة زيادة من نسخة ف ، لتقدير صحة المعنى والحكم ، وهي ساقطة من الأصل .

(٥) قال النووي رحمه الله : « وإذا تحالفا فالصحيح أن العقد لا ينفسخ ، بل إن تراضيا وإلا فيفسخانه ، أو أحدهما أو الحاكم ، وقيل : إنما يفسخه الحاكم » ، وقال الخطيب الشربيني : « ومقابل الصحيح أنه يفسخ بالتحالف » . (انظر : المهذب : ١ / ٢٩٣ ، المجموع : ١٣ / ٦٧ ، مغني المحتاج : ٢ / ٩٦) ، وسوف يكرر ذلك المصنف فقرة ٢٣٠ / ٢ .

(٦) اللفظ في نسخة ف : كالمقابلة .

(٧) قال الخطيب الشربيني : « وإذا فسخا انفسخ ظاهراً وباطناً كالإقالة ، وكذا إن فسخ القاضي أو الصادق منهما ، لتعذر وصولهما إلى حقهما كما في الفسخ بالإفلاس » ، (مغني المحتاج ، له : ٢ / ٩٦) .

(٨) لم ينفسخ في الباطن لترتبه على أصل كاذب .

(٩) في نسخة ف : وهل يجوز للبائع وطء الجارية أو للمشتري ؟ وهذا خطأ ، وعبارة الأصل أصح ، وهي مطابقة لكلام الشربيني في (مغني المحتاج : ٢ / ٩٦) .

التحالف ؟ [٢٢/ ب] وجهان[١]، وبعدَ التحالف وقبلَ التفاسخ ؟ وجهان مُرتبان ، لإشرافه على الزوال ، والأقيسُ الجوازُ[٢]، استمراراً للملك[٣].

١٣٥ ـ وقال الماوردي في اختلاف المتبايعيْن : مهما انفسخَ البيع في التحالف[٤]، هل ينفسخُ ظاهراً وباطناً ؟ (أو في الظاهر)[٥] دون الباطن ؟ فيه ثلاثةُ (أوجه)[٦]:

أحدُها : ينفسخُ ظاهراً وباطناً ، سواءً كان البائع ظالماً أو مظلوماً ، كاللعان .

والثاني : ينفسخُ ظاهراً دون الباطن ، سواءً كان البائعُ ظالماً أو مظلوماً .

والثالث : إنْ كان البائعُ مظلوماً انفسخ ظاهراً وباطناً ، وإنْ كان ظالماً لم ينفسخ إلا ظاهراً .

وهكذا ذكره الشيخان أبو نصر وأبو إسحاق[٧].



(١) الأصح الجواز ، لبقاء ملكه ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٩٦) .
(٢) الراجح الجواز أيضاً ، لبقاء ملكه ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٩٧) .
(٣) العبارة في نسخة ف : لاستمرار الملك ، وفي نسخة ف : لملك اليد ، والمعنى واحد .
(٤) العبارة في نسخة ف : مهما اختلف المتبايعان وتحالفا هل ...
(٥) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : أو ظاهراً .
(٦) اللفظ من هامش الأصل .
(٧) المهذب ، للشيخ أبي إسحاق الشيرازي : ١ / ٣٠٠ ـ ٣٠١ .

الفصل الثامن

في

التحكيم

[نفاذ الحكم] :

١٣٦ ـ إذا اختصم رجلان في حقٍّ من الحقوقِ الماليةِ فحكّما[١] رجلاً ، هل ينفذ حكمه ؟ فيه قولان ، وفي النكاح قولان مرتبان عليه[٢]، وفي العقوبات قولان مرتبان عليه[٣]، ولا يخفى على الفقيه وجهُ الترتيب[٤].

واختلف الأصحابُ في محلِّ القولين ، فمنهم منْ قال : إن كانَ في البلد قاضٍ لم يجزِ التحكيمُ قولاً واحداً ، وإنّما القولان فيما إذا لم يكن هناك قاض .

ومنهم من قال : إنْ لم يكن في البلدِ قاضٍ جاز التحكيمُ قولاً واحداً ، وإنّما القولان فيما إذا كان هناك قاضٍ .

---

(١) اللفظ في نسخة ف : وحكما .

(٢) في نسخة ب زيادة حسنة ، وهي : وأولى بالمنع ، ق ١٠٤ / أ .

(٣) في نسخة ب زيادة أيضاً ، وهي : والأظهر في النكاح الجواز ، بخلاف العقوبات ، ق ١٠٤ / ب .

(٤) انظر هذا الموضوع مع التفصيل والاستدلال في (مغني المحتاج : ٤ / ٣٧٨ ، وما بعدها ، أدب القاضي ، الماوردي : ٢ / ٣٧٩ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٤٢ وما بعدها ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٢٩٨) ، وقد لخص النووي ذلك فقال : « ولو حكم خصمان رجلاً في غير حد لله تعالى جاز مطلقاً ، وفي قول : لا يجوز ، وقيل : بشرط عدم قاض بالبلد ، وقيل : يختص بمال دون قصاص ونكاح ونحوهما » .

ومنهم من قال : القولان في (الجميعِ)[1] من غيرِ فصلٍ .

[لزوم الحكم] :

١٣٧ ـ ثم مهما حكَم عليهما ، وبينهما[2] ، وفَصَل القضيةَ بطريقها ، فهل يلزمُ حكمُهُ بنفسه ، أم لا بدَّ من تراضيهما بعدَ الحكم ؟ فيه قولان ، ذكرهما الجماعةُ ، ووجهان ذكرَهما الإمام ، أصحُها أنه يلزمُ بنفسه ، كالحاكم ، فعلى هذا لو رَفع حكمَه إلى حاكمٍ أجراه على وَفْق الشرعِ ، كغيرِه من القضاة .

والثاني ، وهو اختيارُ المزنيّ : أنَّه لا يلزمُ حكمُه ما لم يتراضيا بعد الحكمِ ، لضعفه .

ومهما رَضِيا (به)[3] ، ثمّ رجعَ أحدُهما قبلَ أن يحكَمَ ، لم يَنفذ حكمُهُ وِفاقاً ، وإنما الخلاف فيه إذا استمر على الرضا حتى حكم ، ولم يُجدّدا رضا .

هذا هو المذهب[4] ، وفيه وجهٌ بعيدٌ أنَّهما إذا رضيا أولاً ، فلما خاضَ رجعَ أحدُهما ، لم يؤثر رجوعُه ، ونفذَ الحكمُ ، وهذا الوجه حكاه الإمامُ واستبعده .

ولو رضيا ، ثم رجعَ أحدُهما قبلَ أن يُنْشئ الخوضَ ، فلا وجهَ إلا إبطالُ الحكمِ ، وفيه شيءٌ .

[حبس المقِر عند المحكَّم] :

١٣٨ ـ وهل للمُحكم أنْ يحبسَ منْ أقرَّ عنده منهما ؟ فيه خلافٌ ، والمذهبُ أنّه لا يحبسُ ، بل ليس له إلا الإثبات[5] .

---

(١) الكلمة من نسخة ف ، ومن نسخة ب ، ورقة ١٠٤ / ب ، وفي الأصل : الجمع .

(٢) في نسخة ب عبارة أخرى ، وهي : وإذا حكم بينهما ... ، ق ١٠٤ / ب .

(٣) الكلمة من نسخة ب ، ورقة ١٠٤ / ب ، وهي غير موجودة في الأصل .

(٤) في نسخة ب زيادة ، وهي : هذا هو المذهب أنه لا يؤثر رَجوعها بعد الخوض في الحكم ، ورقة ١٠٤ / ب .

(٥) في نسخة ب زيادة وهي : وإذا وجب الحق على واحد منهما فالمذهب أنه ليس للمحكم الحبس ، ق ١٠٤ / ب ، وهي اختصار للفكرة كلها التي حذفت من نسخة ب .

ولا خلافَ أنـه ممنوعٌ من استيفـاء العقوبـات ، إنْ جَـوَّزنـا (التحكيمَ)[1] فيها ؛ لأنها تُحَرِّمُ أُبهةَ الولايةِ العامةِ .

[شروط المحكَّم] :

١٣٩ - ويشترطُ في المحكَّمِ أن يكون حراً بالغاً عاقلاً عَدْلاً مقبولَ الفتوى ، عالماً بـالشريعـة ، والضـابـطُ فيـه أن يكونَ على صفـةٍ يجوز للإمـام أن يوليـه القضاء مطلقاً .

ولـو تحـاكمَ إليـه بـالتحكيم ولـدُه وأجنبيٌ ، فحكمَ لـولـده أو لـوالـده على الأجنبي[2] ، ففي جـوازِه وجهـان ، حكاهمـا المـاوردي[3] ، [٢٣ / أ] أحـدُهمـا : لا يجوزُ ، كالقاضي المطلق ، والثاني : بلى[4] ، لأن ذلك وقع عن رضا منهما .

وهكذا لو حكم على عدوِّهِ ، والمسألةُ بحالها ، فيه وجهان[5] أيضاً .

[الإشهاد على الحكم] :

١٤٠ - ومتى حكم المحكَمُ على المتحـاكمْين عنـده ، أو على أحـدهمـا في الموضعِ الجائز ، ورضيـا بـه ، فينبغي أن يُشهـدَ على نفسـهِ في المجلس الـذي حكَمَ بينهما فيـه ، قبلَ تفرقهم ، لأنَّ قولَـه بعـدَ الافتراق لا يُقبل ، كما لا يُقبل قولُ الحـاكمِ المطلق بعد العزل .

---

(١) الكلمة من نسخة ف ، وفي الأصل : التحكم ، وهو تصحيف .

(٢) العبارة في نسخة ف : فحكم لولده أو لأجنبي على ولده .

(٣) أدب القاضي ، له : ٢ / ٣٨٦ .

(٤) في نسخـة ب كلمـة : يجوز ، بـدلاً من : بلى ، ورقـة ١٠٤ / ب ، وهـو المـوافـق لنص المـاوردي في (أدب القاضي : ٢ / ٣٨٦) ، لكن المصنف نقل ذلك باختصار وتصرف .

(٥) عبارة ب هي : وهكذا لو حكم على عدوه فيه الوجهان ، فعرّفت الوجهين للإشارة إلى الوجهين المـذكورين في المسألة السابقة ، ورقة ١٠٤ / ب .

[قصور الحكم على المتحاكمين] :

١٤١ ـ ثم اعلم أنَّ الحكمَ بين المتحاكمين في التحكيمِ لا يتعدى إلى ثالثٍ غيرَ المتحاكمين إلا في مسألةِ العاقلة ، وهو ما إذا تحاكمَ إليه اثنان في قتلِ الخطأ ، وقامت البينةُ على ذلك ، ففي وجوبِ الديةِ على العاقلةِ وجهان :

أحدُهما : (لاتجبُ ، لعدمِ رضاها)[1] بحكمِه[2] .

والثاني : بلى ، لأن الرضا حصلَ من القاتل .

وهذا الخلافُ مبنيّ على أنَّ الديةَ تجبُ ابتداءً على القاتلِ ، ثم تتحمَّلُها العاقلةُ عنه ، أو تجبُ على العاقلةِ ابتداءً .

فإنْ قلنا : تَجبُ أولاً (على القاتلِ ، وجبتْ ههنا على العاقلةِ ، وإنْ قلنا : تجبُ أولاً)[3] على العاقلةِ ، فلا تجبُ لعدم رضاهم بها .

وهذه المسألةُ ، وإنْ كانت قليلةَ الوقوعِ ، لكنّ أئمتنا ذكروها ، وذكروا ما فيها من المسائل ، واقتفينا نحن أثَرهم ، وتبعناهم في ذكرها .



---

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : لا ، لعدم رضاها .

(٢) وهو الراجح الذي نص عليه النووي ، واقتصر عليه الشراح ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٣٧٩ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٢٩٨) .

(٣) ما بين القوسين من نسخة ب ، ورقة ١٠٥ / أ ، وهي ساقطة من الأصل ونسخة ف ، فاختل المعنى والسياق فيهما .

الفصل التاسع

في

حكم الحاكم بعد عزله ، وحكم (نوابه)[1]
وسماع شهادته على فعل نفسه

[الحكم بعد عزل الحاكم] :

١٤٢ ـ اعلم أنَّ الحاكمَ في دوام ولايته مقبولُ القولِ من غيرِ بينةٍ تشهدُ بما يقوله ، فإذا قال ، وهو حاكمٌ : قضيت لفلان بكذا على فلان ، قُبِلَ قوله بالإجماع ، عندنا وعند الخصم ، وإن منعنا القضاءَ بالعلم على قول .

وسببُه أنه أهلٌ لإنشاء القضاء الآن ، فكان أهلاً للإخبار به ، وشرط هذا أنْ يتلفظَ به في عمله .

فلو خرجَ من عمله إلى بلدٍ آخر ليسَ حاكماً فيه ، فقال : كنتُ حكمتُ في عملي بكذا ، لم يُقبل منه حتى يَرجع إلى عمله ، فيقولهُ فيه .

[من ينعزل بعزله ؟] :

١٤٣ ـ فإذا عُزل الحاكمُ بسببٍ شرعي انعزلَ كلُ من فَوَّضَ إليه أمراً معيناً ، كسماع شهادةٍ معينةٍ من الشاهد بها ، أو عقدِ نكاح معين ، أو بيعٍ معين ، أو غير ذلك ، مما هو معينٌ مخصوصٌ ، أما خليفتُه بالمدينة في القضاء العام ، ونوابُه

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : توليه ، وهو تحريف .

في القضاء بالقرى ، والقيمُ على الأطفال ، ففي انعزالِهم بعزله ثلاثةُ أوجه .

الأصح هو الثالث : وهو أنه إنْ استخلفَهم بإذن الإمام لم ينعزلوا ، وإنْ استقل بالاستخلاف وجوزناه ، انعزلوا لأنهم نوابه[1] .

[سماع شهادة القاضي على فعل نفسه] :

١٤٤ ـ ثم مهما عُزل القاضي ، فقال : أشهدُ أني قضيتُ بكذا ، لم يُقبلْ على أصح الوجهين .

وقال الإصطخري : يُقبل كشهادة المرضعة إذا قالتْ : أشهدُ أني أرضعته ، يُقبل على المذهب ، والفرقُ واضح[2] .

فانْ قلنا : لا يُقبل ، فلو قال بعد عزله : أشهدُ أنَّه قضى لفلان بكذا قاضٍ عدلٌ ، ففي قبول هذه الشهادة ، والحالة هذه ، وجهان ذكرهما العراقيون ، ونقلها المراوزة عنهم ، قال الإمام : ظاهرُ المذهب [٢٣ / ب] قبولُ ذلك ، ووجهُ المنع أن الظاهرَ أنه يعني نفسه ، هذا ما ذكره الإمامُ والقاضي أبو الطيب (الطبريُّ)[3] وغيرهما[4] .

ونقل الغزاليُّ ذلك ، وعكسَ فيه الترتيبَ مع غَلَطه ، فقالَ : إذا قال : أشهدُ أني قضيتُ لم يُقبل ، وإنْ قالَ : أشهد أنَّ قاضياً قضى ، ففيه وجهان ،

---

(١) انظر تفصيل ذلك في (مغني المحتاج : ٤ / ٣٨٢ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٤٦ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٢٩٩ ، الروضة : ١١ / ١٢٧) .

(٢) الفرق بين قبول شهادة المرضعة على الإرضاع ، وعدم قبول شهادة القاضي المعزول على حكمه بقضية ، أن شهادتها بالرضاع لا تُثبت عدالة لنفسها ، لأن الرضاع يصح من غير العدل ، ولأن المُغلب في الرضاع فعل المرتضع ، أما شهادة القاضي المعزول بالحكم فتثبت لنفسه العدالة ، لأن الحكم لا يكون إلا من عدل فتلحقه التهمة بتزكية نفسه ، والمغلب في الحكم فعل الحاكم فتكون شهادته على فعله فلا تقبل . (انظر : المهذب : ٢ / ٣٠٩ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٨٣ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٤٧ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠٠ ، الروضة : ١١ / ١٢٨) ، وانظر : فقرة ٤١٧ .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ١٢٨ .

أحدهُما : يُقبل كما تُقبل شهادةُ المرضعة ، فقوله : أحدهُما يُقبل كشهادة المرضعة غَلَطٌ ظاهرٌ ، فإنَّ المرضعةَ لا يُشترط في قبول شهادتِها قولُها : أشهدُ أنّ امرأةً أرضعت هذا الصبيَ ، حتى تتساوى المسألتان ، بل صورةُ شهادة المرضعة أن تقولَ : أشهدُ أني أرضعته ، أو أشهدُ أنّه ارتضعَ مني ، على خلافٍ سيأتي إن شاء الله تعالى[1] في تقديمِ الإضافة إلى نفسِها (أو تأخيرها)[2] ، مع الاتفاق على أنّها تصرحُ في شهادتها : بأنّها المرضعةُ ، وتُقبل قولاً واحداً ، فوازنهُ في مسألةِ القاضي أنْ يقولَ : أشهدُ أنّي قضيتُ ، فظهرَ أنَّ ما ذكره الإمام والأئمةُ صحيحٌ ، وما ذكره الغزالي زَلل .

[إخبار القاضي شهادةٌ ، وليس حكما] :

١٤٥ ـ نعم ، ههنا بحثٌ في مسألة ، في النفس منها شيءٌ ، ولم أجدْها مسطورةً ، وإنما استخرجها الفكر ، وهو أنّا إذا جعلنا القاضيَ المعزول شاهداً في كلا الصورتين ، وهما : إذا أضافَ القضاءَ إلى نفسه ، وإذا أطلقَ ، فإذا قال : أشهدُ أني قضيتُ لفلان بكذا ، وقبلْنا ذلكَ ، فهو شهادةٌ لاشك فيه ، وليسَ بحكمٍ منه الآن ، (وإنَّما)[3] هو شهادةٌ على فعل نفسه يُقيمها عند حاكم (متولٍ)[4] الآنَ ، حصل لديه التّداعي بين المتحاكمَيْنِ ، (ولا)[5] بدَّ من شاهدٍ آخرَ غيره ، يشهدُ معه ، فصيغةُ شهادةِ الشاهد الآخر أن يقولَ : أشهدُ أن هذا القاضي قضى في زمن ولايته ومحل حكمه لفلانٍ بكذا ، فيَثبتُ حينئذ الحكمُ

---

(١) فقرة ٤١٧ من هذا الكتاب ، الباب الرابع ، الفصل الثالث ، مسألة صيغة شهادة المرضعة .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أو تأخيره .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فإنما .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : متولي ، وهو خطأ نحوي .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فلا .

بالحقِ المشْهودِ بالحكمِ به[1] .

أمَّا إذا قال : أشهدُ أنّه قضى لفلانٍ بكذا قاضٍ عدلٌ ، وحضرَ شاهدٌ آخر يشهدُ بذلك ، فصيغةُ شهادته أيضاً أن يقول : أشهدُ أنه قضى لفلان بكذا قاضٍ عدلٌ ، لتتفق الشهادتان في المعنى ، فلو قال الشاهدُ الآخر : أشهدُ أنَّ هذا قضى في حال ولايته بكذا ، مع قول الحاكم المعزول : أشهدُ أنه قضى لفلان قاضٍ عدلٌ ، لم تتفق الشهادتان قطعاً ، ولا يثبتُ الحق .

فلو قال الحاكمُ المعزول : أشهدُ أن قاضياً قضى بكذا ، فالشاهدُ الآخر كيف يشهدُ ؟ أيقولُ : أشهدُ أنَّ قاضياً قضى بكذا ؟ أو أشهدُ أن القاضي الذي شهد هذا ، أنه قضى بكذا ، وهكذا في الصيغةِ الأولى ، أيقولُ : أشهدُ أنّه قضى لفلان بكذا قاضٍ عدلٌ ، كما تلفظَ به الحاكم المعزول ؟ أو يقولُ : أشهدُ أنَ القاضيَ العدلَ الذي شهدَ هذا (عليه)[2] أنه قضى لفلان بكذا ؟

هذا عندي[3] فيه ترددٌ ظاهرٌ ، ولم أظفرْ به مسطوراً ، ومستندُ التردد في إجمال الشاهد الآخر اسمَ الحاكمِ الذي يشهدُ عليه أنَّه حكمَ بكذا[4] ، أنَّ أصحابنا قالوا : لو شهدَ شاهدان ، [٢٤ / أ] لم يقضيا قط ، على قاضٍ عدلٍ ، ولم يسمياه ، ولا عيناه ، بل قالا : نشهدُ أن قاضياً عدلاً قضى لفلان بكذا ، أو أشهدَنا على نفسه بذلك في حال ولايته وعمله ، هل يُقبل ؟ فيه وجهان ، قال الإمام : وظاهرُ المذهب قبولُ ذلك ، فالترددُ الذي أبديتهُ في الشاهد الذي يشهدُ مع الحاكم المعزول ، يُخرج لفظ شهادته وسماعها على هذه المسألة .

وهذا من ألطف الفقهِ ودقيقه ، فليُفهم إن شاء الله .

---

(١) ذكر النووي رحمه الله تعالى وجهين في المسألة ، وقال : « والصحيح باتفاق الأصحاب المنع » (الروضة : ١١/١٢٨) .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٣) يوجد في الأصل بعد هذا عندي : لفظ : غيري ، ووضع فوقها خطٌ ونقطٌ تشير إلى الشطب .

(٤) قال النووي : « قبلت شهادته في الأصح » (الروضة : ١١ / ١٢٨) .

الباب الثّالث

في الدعاوى والبينات ومجامع الخصومات

وفيه فصول

الفصلُ الأوّل

في

[الدعوى]

حد الدعوى ، وحقيقتها ، ثم في كيفيتها ، وصفتها ، وشروطها وجواب المدعى عليه فيها

النظر الأول

في حد الدعوى وحقيقتها

[التفريق بين المدعي والمدعى عليه] :

١٤٦ ـ اختلفت عبارةُ الأئمة في حدِ المدْعي والمدعى عليه .

فمنهم من قالَ : المدعي من يُثبت شيئاً ، والمدعى عليه من ينفي شيئاً[١] .

---

(١) العبارة في نسخة ف فيها تقديم وتأخير كما يلي : المدعى عليه من ينفي شيئاً ، والمدعي من يثبته .

ومنهم من قال : المدعي من يقولُ بالاختيارِ ، والمدعى عليه من يُجيب بالاضطرار .

ومنهم من قال : المدعي من إذا سكتَ تُرك وسكوته ، والمدعى عليه من لا يُترك وسكوته . وهذه عبارةُ الحنفية ، وهي معنى العبارة الثانية بعينها ، وإنما اختلفت العبارة .

وقال الإمام : المدّعي عند أبي حنيفة من يُثبتُ الشيءَ لنفسه ، والمدعى عليه من يثبته عن غيره ، وفي نسخة أخرى : من ينفيه عن غيره[١] .

١٤٧ ـ هذا نقلُ الإمام عن ذلك الحَبْرِ الإمام ، ولم يذكرْ عليه شيئاً مع شدةِ تتبعه كلامَ من تقدمه بالبحثِ والتحقيق .

وهذا الحدّ باطلٌ في الطرفين[٢] ، أمَّا قوله : المدعي منْ يُثبتُ الشيءَ لنفسه ، فيريد بالشيء المدعى به ، وهو باطلٌ بدعوى الوصي للموصى عليه المحجور عليه على الغير مالاً أو غيرَه ، فإنه مدعٍ بالإجماع ، مع أنه يُثبتُ الشيء المدعى به لغيره ، وهكذا القيّمُ من جهةِ الحاكمِ على المحجورِ عليهم ، وهكذا الناظرُ في وقفٍ ، وهكذا الوكيلُ يُثبت المدعى به للموكِل ، لا لنفسه .

---

(١) انظر : معين الحكام للطرابلسي : ٥٢ ، وقد نقل بعض تعريفات المدعي والمدعى عليه من كتب الحنفية بينما ذكر ابن فرحون المالكي تعريفات أخرى عند المالكية في (تبصرة الحكام : ١ / ١٢٢) ، وكلام الطرابلسي من المسائل النادرة التي انتبه إليها عند انتحاله كتاب ابن فرحون ، وعبارة الطرابلسي : « وذكر في التحفة المدعي من يلتمس إثبات ملك أو حق ، والمدعى عليه من ينفيه » ، وقد ذكر فقهاء الحنفية تعريفات أخرى للمدعي والمدعى عليه ، ورجحوا التعريف التالي : المدعي من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها ، والمدعى عليه من إذا تركها يجبر عليها . (انظر : درر الحكام : ٢ / ٣٢٩ ، رد المحتار : ٥ / ٥٤٢ ، نتائج الأفكار في تكلمة فتح القدير : ٦ / ١٣٩) ، وانظر تحقيق هذا الموضوع بإسهاب وتفصيل ومقارنة بين الضوابط والقواعد التي ذكرها فقهاء المذاهب في التمييز بين المدعي والمدعى عليه ، وأهمية التفريق بينهما : (رسالة وسائل الإثبات ، للمحقق : ٢ / ٦٤٦ ، وما بعدها ، ورسالة الزميل الفاضل الدكتور محمد نعيم ياسين ، نظرية الدعوى : ١ / ١٨٥ وما بعدها ، والمراجع التي وردت في الهامش ، الروضة : ١٢ / ٧) .

(٢) اللفظ في نسخة ف : الطريقين .

(ولا)[1] يقال : مرادُه بالشيء الذي تُثبته السلطنةُ واستحقاق قبضه وتسلمه ، إن ثبتَ ، لأنا نقولُ : السلطنة ثابتةٌ قبل هذه الدعوى ، لأنَّ الكلامَ مفروض في دعوى وصيٍ ثابتِ الوصيةِ عند الحاكم ، وكذلك القيمُ والناظرُ والوكيلُ ، فسلطنتهم ثابتةٌ بمعنى أنَّ كلَ أمرٍ تحقق أنَّه للمحجورِ عليه ، أو للوكيلِ ، أو للموقوفِ عليهم ، تسلَّطَ هؤلاء شرعاً على قبضه ، فهو لا يُثْبِتُ بالدعوى سلطنةً ، ولا السلطنة مدعى بها ، (وإنَّما)[2] المدعى به هو المالُ في الذمة ، أو الثوبُ المعيّن مثلاً ، وهو الشيء الذي يُثبته .

١٤٨ ـ نعم ، إذا ثبتَ عند الحاكم ، تَسَلَّطَ هذا المدعي على قبضه ، لا بدعواه ، بل بالتسلُّطِ [٢٤ / ب] السابقِ على هذه الدعوى ، الثابتِ بوصيةٍ أو نظرٍ أو وكالةٍ .

وأمّا الطرف الثاني : وهو قوله : والمدعى عليه يُثبته عن غيره ، على النسخة الأولى ، فبطلانُ هذا أظهر من الكلامِ عليه ، فإنَّ المدعى عليه بمالٍ في ذمته يَنفي استحقاقَ المدعي له ، فلا يُثبت شيئاً .

فإنْ قيل : هو ، وإن نفى الاستحقاق ، لكنه يُثبتُ براءةَ ذمته ، فهو مُثْبتٌ .

قلنا : عنه جوابان ، أحدهما : أنَّ البراءةَ الأصليةَ حاصلةٌ بالأصلِ واستصحابه ، فهي ثابتةٌ ، وهو غيرُ محتاج إلى إثباتها ، وإنما هو (نافٍ)[3] ما يُشغلها ، والثاني : هبْ أنَّه مُثبتٌ براءةَ نفسهِ وذمته ، فهل هو مُثبتٌ للشيء عن غيره ؟ كلا ، فهذا حدٌ باطل .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لا .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إنما .

(٣) الكلمة من نسخة ف ، وفي الأصل : ناوٍ ، وهو تصحيف .

١٤٩ ـ وعلى النسخةِ الثانيـة ، وهي : يَنفيـه عن غيره ، باطلٌ ، إنما هو يَنفيه عن نفسه .

وعندي : أنَّ هذا زللٌ من النساخ[١] ، فإنَّ منصبَ هـذا الإمـامِ أجَلُ من قولهِ مثل هذا[٢] .

وقال بعض الأصحاب : المدعي من يَـدعي أمراً بـاطنـاً خفيـاً ، والمـدعى عليه من يَدعي أمراً ظاهراً جلياً[٣] .

وهذا الحـدُ مع الحـدِ الـذي سبق ذكره ، وهو أن المـدعي من (إذا سكت خُلّي)[٤] وسكـوتـه ، والمـدعى عليـه من لا يُخلى وسكـوتـه ، مستنبطـان من مسألة استنبطها الشيخُ القفَّالُ ، وهي : ما إذا كان الزوجان مشركين ، ثم أسْلما قبلَ الدخولِ ، ثم اختلفا ، فقـال الزوجُ : أسلمْنـا معـاً ، فنحن على الزوجيـة ، وقالت المرأةُ : أسلمَ أحدُنا قبلَ صاحبـه[٥] ، فقـد بَطلَ نكاحُنـا ، ففيـه قولان ، أحدهما : أنَّ القولَ قولُ الزوج ، لأنَّ الأصلَ بقـاءُ النكاح ، وهـذا على قولنـا : إنّ المـدعي من يُترك وسُكـوتـه ، فـإنَّ المرأةَ هي التي بهـذه الصفـة ، وهي[٦] مدعية .

والقول الثاني : أنَّ القولَ قولُ الزوجـة ، وهـذا على قولنـا[٧] : إنَّ المـدعي هو الذي يدعي أمراً باطناً خفياً يُخالف الظاهر ، (والزوج)[٨] ههنا هو الذي

---

(١) اللفظ من نسخة ف : الناسخ .

(٢) العبارة في نسخة ف : من أن يقول مثل هذا .

(٣) انظر : الروضة : ١٢ / ٧ .

(٤) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : من يُخلى .

(٥) في نسخة ف : الآخر .

(٦) في نسخة ف : فهي .

(٧) العبارة في نسخة ف : وهذا إذا قلنا .

(٨) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الزوج .

بهذه الصفة ، لأنَّ اتفاقَهما على الإسلام في حالة واحدة ، بحيث لم يَسبق أحدُهما الآخرَ ، خلافُ الظاهرِ[(١)] .

١٥٠ ـ وأخذَ أبو سعيد الإصطخري هذا الحد وطردَه في مسألةٍ خالفَ الأصحاب قاطبةً فيها ، فقالَ : إذا ادعى رجلٌ من السَفلِ على ملكٍ عظيم ، أو وزيرٍ كبيرٍ نبيهٍ[(٢)] (خطيرٍ)[(٣)] ، أو قاضٍ جليلٍ ، أو شريفٍ نسيبٍ ، أنّه زوَّجه ابنته ، أو أنه أقرضَه حبةً من ذهبٍ ، أو أنّه استأجره لسياسةِ دوابه ، أعني السفلةَ استأجر هذا العظيم القَدْر لسياسة دوابٍ لهذا السفلة ، وما أشبه هذا ، قالَ : لا تُقبلُ دعواه ، لأنّه يدَّعي أمراً يخالفُ الظاهرَ ، بل أهلُ العرف يقطعون بكذبه[(٤)] .

قالَ الإمامُ : وهذا الذي ذكره لا تعويلَ عليه ، ولا يَسوغُ في الدين تشويشُ القواعدِ بأمثال هذه الوساوس ، ومثلَ هذا قصدَ رسولُ الله ﷺ ثبوت الدعوى من غير حجةٍ[(٥)] ، فأمّا ردُّ [٢٥ / أ] الدعوى لرعوناتِ

---

(١) الراجح هو القول الثاني كما بينه النووي في « المنهاج » ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٦٤ ، شرح المحلي على المنهاج : ٤ / ٣٣٦ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٣٩ ، الروضة : ١٢ / ٨) .

(٢) في نسخة ف : ببينة .

(٣) الكلمة من هامش الأصل .

(٤) قارن ذلك في (حاشية الشرقاوي : ٢ / ٥٠٩) ، فقد بين أنه لا تسمع دعوى المحال حساً كمثل جبل ذهباً أو فضة ، أو محال شرعاً كالحج في رجب ، بخلاف المحال عادة كدعوى على جليل ... ، وخالف في ذلك الحنفية فاشترطوا عدم الاستحالة عادة ، كدعوى رجل معروف بالفقر على آخر غني أن له عنده أموالاً عظيمة ، أقرضه إياها ، وهذا قريب من مذهب المالكية ، (انظر : رد المحتار : ٥ / ٥٤٤ ، مرآة المجلة : ٢ / ٣٨٣ ، مجلة الأحكام العدلية : المادة ١٦٢٩ ، الفواكه البدرية ، ابن الغرس : ١٠٥ ، وسائل الإثبات : ١ / ٧٦ ، نظرية الدعوى : ١ / ٣٧٢ ، جواهر العقود ، الأسيوطي : ٢ / ٤٩٦ ، الروضة : ١٢ / ١١) .

(٥) يشير المصنف هنا إلى الحديث الذي رواه البخاري ومسلم وأحمد وأصحاب السنن عن ابن عباس ، أن رسول الله ﷺ قال : « لو يُعطى النّاسُ بدَعْواهُم لادَّعَى رِجالٌ دِمَاءَ رِجالٍ وأمْوالَهم ، ولكنّ اليمينَ على المدعى عليه » ، وفي رواية البيهقي : « البيِّنةُ على المدعي واليمينُ على مَنْ أنكر » ، (انظر : صحيح البخاري بشرح السندي والقسطلاني : ٢ / ٥٣ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ١٢ / ٢ ، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي : ٤ / ٥٧٠ ، سنن أبي داود :|=

النفس[1] فلا سبيل إليه .

١٥١ ـ **قلت** : وهذا الذي ذكره أبو سعيد غيرُ بعيدٍ أنْ يَصير إليه مجتهد[2] ، وهو مذهبُ مالك ، فإنَّ عنده لا تُسمع دعوى[3] وضيعٍ على شريف إلا أن يُعرفَ بينهما معاملة[4] ، وقد سُمعت الدعوى على خيرِ الخلائقِ رسولِ الله ﷺ من وضيعٍ ، وكذلك سمعت على عليّ كرّم الله وجهه ، وعلى غيره من أكابر الصحابة[5] .

١٥٢ ـ نعم ، يُشكل على هذا الحد الوديعةُ ، فإن المودَع يُقبل قوله في الردِّ على المالك ، وهو يدعي أمراً خفياً ، فلم قُبِلَ[6] قولُه ؟ .

= ٢ / ٢٧٩ ، ط الحلبي ، سنن النسائي : ٨ / ٢١٨ ، سنن ابن ماجه : ٢ / ٧٧٨ ، السنن الكبرى ، البيهقي : ١٠ / ٢٥٣ ، نصب الراية : ٤ / ٣٩١ ، نيل الأوطار : ٨ / ٣١٦ ، سبل السلام : ٤ / ١٣٤) .

(١) في نسخة ف : الأنفس .

(٢) العبارة في نسخة ف : وهذا الذي ذكره أبو سعيد بعيد ، لا يصير إليه مجتهد . وهي عبارة غير صحيحة ، تتناقض مع الكلام الآتي .

(٣) العبارة في نسخة ف : فإنه لا يسمع دعوى .

(٤) ويعبر المالكية عن ذلك باصطلاح الخُلْطة ، قال ابن جُزَيْء : بعد أن يُثبت المدعي أن بينه وبينه خلطة من بيع وشراء أو شبه ذلك ... وقال بوجوب إثبات الخلطة علي بن أبي طالب والفقهاء السبعة ومالك ، خلافاً للشافعي وأبي حنيفة وابن حنبل ، وقال ابن فرحون : ومن ذلك (الدعوى التي تشهد العادة بكذبها) دعوى الغصب والفساد على رجل صالح لا ينسب إليه ذلك ولا يليق به فلا تسمع تلك الدعوى .

والخلطة : هي أن يشهد اثنان أن المتخاصمين قد تبايعا مرة أو مرتين أو ثلاثاً ، أو يشهدا على تكرار المبايعة والتعامل بين المتخاصمين ، وقال ابن كنانة : يكفي شاهد واحد ، وقال ابن عرفة : الخلطة ترفع بعد توجه الدعوى على المدعى عليه ، أي توجب توجه الدعوى على المدعى عليه ، وعن ابن القاسم : هي أن يبايع إنسان إنساناً بالدين مرة أو بالنقد مراراً ، وعن البغداديين : إنما المعتبر كون الدعوى تشبه أن يدعى بها على مثل المدعى عليه ، أو يشبه أن يعامله في مثل ما ادعى عليه به . (انظر : بداية المجتهد : ٢ / ٥١٠ ، شرح حدود ابن عرفة ، الرصّاع : ٤٧٢ ، الموطأ : ٤٥٢ ، حاشية الدسوقي : ٤ / ١٤٥ ،تبصرة الحكام : ١ / ١٢٩ ، ١٣٠ ، ١٩٦ ، ١٩٧ ، ١٩٩ ، مسالك الدلالة : ٣١٦ ، شرح الزرقاني على الموطأ : ٣ / ٣٩٥ ، قوانين الأحكام الشرعية : ٣٢٨ ،وسائل الإثبات : ١ / ٣٥٢ ، ٦٧٥ ، نظرية الدعوى : ١ / ٣٧٣) .

(٥) انظر : الحاوي الكبير ، للماوردي : مجلد ١٣ ق ٤٦ / أ ، مخطوط بدار الكتب المصرية ، برقم ٥٠١ فقه شافعي .

(٦) اللفظ في نسخة ف : يُقبل .

وجوابه : أنَّ الأمانةَ سبقت على دعوى الردّ ، والأصلُ بقاؤها ، فإذا قالَ : رددتُ ، قُبل قولُه ، لبقاء أمانته ظاهراً ، والمالك إذا أنكرَ الرد يـدعي خيـانـةً طارئة على الأمانة التي سبقت ، والأصلُ عدمُ الخيانة .

النظر الثاني

في

كيفيتها وصفاتها وشروطها[1]

[أقسام الدعوى] :

١٥٣ ـ والـدعـوى تنقسم : إلى دعـوى عينٍ في يـدٍ ، وإلى دعـوى مـالٍ في ذمةٍ[2] ، وإلى دعوى حقوقٍ شرعيـة كنكاحٍ وقصـاصٍ وحـدِ قـذفٍ وردٍّ بعيب ، وحق شفعة وغير ذلك ، والعينُ تنقسمُ إلى حـاضرةٍ في المجلس ، وغـائبـة عنـه ، والغـائبـةُ تنقسم إلى منقولـةٍ وغير منقولـة ، ثم تتنوعُ الـدعـاوى بعـد ذلـك إلى دعوى نكاح وقصاص وحدود وغيرها . ونحنُ نذكرهـا إنْ شـاء الله تعـالى شيئـاً فشيئاً .

[الدعوى بالعين الحاضرة المنقولة] :

١٥٤ ـ أمـا الـدعـوى بـالعين الحـاضرةِ المنقـولـةِ فـالإشـارة إليهـا تُغني عن صفتهـا ، وعن ذكرِ قيمتهـا ، فليَقـلْ : أدّعي أنَّ هـذه العينَ ، ويشيرُ إليهـا ، ملكي ، وهذا الحـاضرُ غصبهـا مني ، ويلزمُـه تسليمُهـا إليّ ، وأنـا أطلبُ تسليمَهـا منه ، وأسألك سؤاله ، فمُرْه بالتسليم إليّ .

---

(١) في نسخة ف : في كيفيتها وصفتها وشرطها .

(٢) في نسخة ف : الذمة .

فهذه الألفاظ[1] كلها متفَقٌ عليها ، لو نقصَ منها شيءٌ ، فيه خلافٌ[2] .

قال الشيخ أبو علي : لا بدَّ أنْ يسأل القاضي مطالبته ، فإنْ لم يسأله ، هل للقاضي مطالبته ؟ فيه وجهان .

وقال القاضي حسين : يقولُ له : مُرْه بالتسليم إليّ .

وقال الهرويُّ[3] : قيلَ : إنّ اقتراحَ المُدّعي على القاضي سؤالَ المدعى عليه ركنٌ في صحةِ الدعوى على أصحّ الوجهين[4] ، وهو مذهبُ أبي حنيفة[5] .

وقال في تتمة التتمة[6] : إذا قالَ المدعي في دعواه : يلزمُه التسليمُ إليّ ، قيل : لا يكفي ، بلْ لا بدَّ من ذكرِ الطلب .

---

(١) في نسخة ف : ألفاظ .

(٢) المهذب : ٢ / ٣٠١ .

(٣) أبو سعد ، محمد بن أحمد بن أبي يوسف الهروي ، تلميذ القاضي أبي عاصم ، قاضي هَمَذان ، توفي في حدود سنة ٥٠٠ هـ ، شرح أدب القضاء للعبادي ، وسماه : الإشراف على غوامض الحكومات ، كان من الأئمة الفقهاء ، والفقهاء الذين ينتسبون إلى هراة كثيرون ، منهم أبو عاصم العبادي الهروي ، وأبو الفضل الجارودي الهروي ، وأبو سعد ، والثلاثة اسمهم محمد بن أحمد ، ومنهم أحمد بن محمد أبو عُبيد الهروي صاحب الغريبين في القرآن والحديث ، وقد رجحت أن يكون المقصود أبا سعد ، لأن المصنف ذكر في فقرة ٥٦٢ قوله : والهروي في « إشرافه » ، وقال في فقرة ٨٧٦ : الشيخ أبو عاصم والهروي والبغوي ، مما يدل على أن الهروي ليس أبا عاصم ، وأن القول الأول يؤكد ما ذهبت إليه من كونه صاحب « الإشراف » ، انظر ترجمته في (طبقات الشافعية الكبرى : ٥ / ٣٦٥ ، كشف الظنون : ١ / ٧٣ ، ١٠٩ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٣٦) .

(٤) العبارة في نسخة ف : على الأصح من الوجهين .

(٥) انظر مذهب أبي حنيفة في كتاب (درر الحكام : ٢ / ٣٣١ ، رد المحتار : ٥ / ٥٤٧ ، تكلمة فتح القدير : ٦ / ١٤٤) .

(٦) التتمة لأبي سعد المتولي (٤٢٦ - ٤٧٨ هـ) وهو تتمة على « الإبانة » لشيخه الفوراني ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٥ / ١٠٦ - ١٠٧) ، وتتمة التتمة للشيخ أسعد بن محمود ، العِجْلي ، منتجب الدين أبي الفتوح الأصفهاني الشافعي ، المتوفى سنة ٦٠٠ هـ ، قال في كشف الظنون : « وعليها الاعتماد في الفتوى بأصفهان قديماً » ثم =

وقال الشيخُ أبو نصر : إذا حرّرَ المدعي الدعوى ، هل يَسألُ الحاكمُ المدعى عليه عن الدعوى ، قبلَ أنْ يسأله المدعي سؤاله ؟ فيه وجهان .

وقال الشيخ أبو إسحاق : إذا لمْ يَسأل الخصمُ القاضيَ مطالبةَ خصمه ، يجوزُ للقاضي مطالبتُهُ على المَذهبِ ، لأنَّ شاهدَ الحال يَدُلُّ على المطالبة[1] .

أمّا إنْ كانت الدعوى في وديعة فليقل : وأنا أطلبُ أنْ يمكنني منها لأخذها ، ولا يقل[2] : [٢٥ / ب] وأطلبُ تسليمَها ، ولا : يلزمه تسليمُها إليّ ، لأنّ المودَع لا يلزمه شيءٌ سوى التمكينِ من تسلِيمها .

وإنْ كانت العينُ مبيعةً ، قال : ابتعتُ هذه العين منه بكذا ، وأقْبَضْته الثمن ، وأنا أطلبُ تسليمَها منه .

ولا يُشترط في صحة الدعوى ذكْرُ شروط صحته ، كقوله ابتعتُه منه ابتياعاً صحيحاً ، انعقَد بإيجاب وقبول عن طواعيةٍ واختيارٍ ، على الصحيح من المذهب ، وفيه وجهٌ مُخَرَّجٌ من النكاح[3] ، أنه لا بد في صحة الدعوى بالبيع من ذكر شروطه ، وتفصيلها ، كالنكاح[4] .

= قال : « ولتتمة المتولي تتمات أخرى لجماعة » ، وذكر صاحب كشف الظنون أن اسم المؤلف أسعد بن محمد ، بدلاً من « أسعد بن محمود » . (انظر : كشف الظنون : ١ / ٤٤ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٨ / ١٢٨ ، وفيات الأعيان : ٢ / ٣١٥ - ٣١٦) .

(١) المهذب ، له : ٢ / ٣٠١ ، وفي نسخة ف : يدل على طلبه ، وعبارة الأصل تتفق مع عبارة المهذب .

(٢) في نهاية صفحة الأصل : بلغ مقابلة .

(٣) يشترط في دعوى النكاح أن تقيد الدعوى بأنه نكحها بولي مرشد وشاهدين مع رضاها عند اشتراطه ، ولا يكفي الإطلاق على الأصح ، أما في عقد البيع فيكفي إطلاق البيع دون بيان شروطه على الأصح ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٦٥ ، وما بعدها ، شرح المحلي : ٤ / ٣٣٧ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٤٢ ، المهذب : ٢ / ٣١١ الروضة : ١٢ / ١٤) وسيأتي بيان ذلك فقرة ١٦٤ / ٢ ، ١٦٥ .

(٤) اللفظ في نسخة ف : كما في النكاح .

[الدعوى بالعين الغائبة] :

١٥٥ ـ وإنْ كانت العينُ غائبةً عن المجلس ، فإن كانت من ذَواتِ الأمثالِ اقتصر على ذكر الوصفِ المشروط في السَلَم[١] ، وإن ذكرَ القيمةَ فهو آكد ، لكن لا يُحتاج إليه .

وإن كانت من غيرِ ذواتِ الأمثالِ ، كالجَوْهَرِ ، لزمَه ذكرُ الجنسِ والنوع وما يُشترط ذكرُه في السلم إن صحَّ السلمُ فيها .

ثم إن كانت وديعةً لم يلزمه ذكرُ قيمتها ، وإن كانت عاريةً أو غَصباً لزمه تعيينُ قيمتها ، فإنْ كانت مبيعة لزمه ذكرُ الثمن الذي ابتاعها به ، مع الوصف ، ولا يلزمه ذكرُ القيمة .

[الدعوى بعقار غائب] :

١٥٦ ـ وإن كانت العينُ المدعى بها عقاراً غائباً عن المجلس ، فلا بُدّ من ذكر الناحيةِ ، والحدودِ الأربعة ، ولا يُغني ذكرُ أحدِها عن الآخرِ ، ولا أنْ يقتصر أيضاً على بعضِ الحدود .

هكذا ذكره الماوردي، (وذكر)[٢] في البيع أنّه لو باعه داراً ، وذكرَ حدودها الأربعة ، صحّ ، وإن ذكر حدين لم يصح ، وإن ذكر ثلاثة ففيه وجهان[٣] ،

---

(١) يشترط في السلم ـ بالإضافة إلى شروط البيع ـ شروط خاصة في المسلم فيه ، وهي : أن يكون دَيْناً ، وأن يكون مقدوراً على تسليمه عند وجوب التسليم ، وأن يكون معلوم القدر كيلاً أو وزناً أو عَدّاً أو ذرعاً ، وأن تعرف الأوصاف التي يختلف بها الغرض اختلافاً ظاهراً ، كما يشترط تحديد زمان التسليم ومكانه ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ١٠٤ وما بعدها ، شرح المحلي : ٢ / ٢٤٨ وما بعدها ، المهذب : ١ / ٢٩٧ ، ٢٩٨ وما بعدها) .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وذكره .

(٣) قال الشربيني : محل ذكر حدوده كلها إذا لم يُعلم بأقل منها ، وإلا اكتفي بما يعلم به منها ، كما يؤخذ مما أفتى به القفال وغيره ، وقال قليوبي : فإن عُرف ببعضها اكتفي به ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤١٢ ، حاشية قليوبي : ٤ / ٣١١ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٧٥) .

(وهكذا)[1] ينبغي أن يكون في الدعوى بها .

١٥٧ ـ ثم عندي أَنَّ هذا في دار مجهولة عند المتداعيين والحاكم ، (فأما إذا ادعى داراً أو أرضاً)[2] يعرفها كلُ واحد منهم ، وهي مشهورةٌ متميزةٌ بشهرتها عن تحديدها ، فلا يُحتاج إلىَ ذكرِ حدودها لحصولِ التمييز بالشهرة عندهم .

[الدعوى بمال في الذمة] :

١٥٨ ـ أما الدعوى بمال في الذمة ، فإنْ كانَ من ذوات الأمثال ، وهو حالٌ[3] ، فيلزمه أنْ يذكرَ في الدعوى الجنسَ والنوعَ والصفةَ والقدْرَ ، فيقول : لي على هذا ألفُ درهم ، من نوعِ كذا ، ويذكره ، ويذكر أنها صحاحٌ أو مكسَّرةٌ ، ثم يقول : يلزمُه أداؤها إليّ الساعةَ ، فمُرْهُ ، أيُّها الحاكمُ ، بتسليمها إليّ ، فأنا مطالبُه بذلك ، وأسألك سؤاله ، ولا بدَّ من قوله : يلزمه أداؤها (إليّ)[4] الساعة ، لاحتمال كونها مؤجَّلة ، أو كونِ المدعى عليه مُفْلِساً[5] ، وهو بالخيارِ في أنْ يذكرَ سببَ الاستحقاق .

١٥٩ ـ هذا هو المذهب ، وفيه وجهٌ حكاه الإمام والهرويُّ أنه لا بدّ من ذكرِ سببِ الاستحقاق ، وهو مُنْقاسٌ ، إذ رُبّما يكون المدعى عليه أتْلفَ على

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : هكذا .

(٢) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : فأما دار أو أرض .

(٣) في نسخة ف : حلال ، وهو خطأ .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٥) لا تسمع الدعوى إذا اعترف المدعي بإعسار المدعى عليه ، ولا تسمع دعوى الدين المؤجل ، وإن كان به بينة على الأصح ، إذ لا يتعلق بها إلزام ومطالبة في الحال ، فيضيع المقصود من الدعوى ، ويفوت نظامها ، وفي قول تسمع دعوى الدين المؤجل مطلقا ، سواء كان به بينة أم لا ، ليثبت في الحال ، ويطالب به في الاستقبال ، وقد يموت من عليه فتعجل المطالبة ، وفي قول ثالث إن كان بالدين المؤجل بينة سمعت الدعوى ، وإلا فلا ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٦٨ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٣٧ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٤٦) ، وسيأتي ذكر هذه الأقوال في نص الكتاب في الفقرات التالية .

المدعي الذميّ خمراً أو كلباً ، فيعتقدُ المدعي استحقاقه لقيمته في ذمته ، والحاكم لا يرى ذلك ، والنّاسُ مختلفون في ثبوتِ [٢٦ / أ] القيم في الذمم مُقابلة المضمونات ، كاختلافهم في سبب الجَرْحِ .

ولا خلافَ عندنا أن الجرحَ لا يُقبل إلا مُفسّراً ، فكذا هذا ، فليقل : لي في ذمته درهمٌ من ثمن مبيع سَلمته إليه ، أو قرضاً في ذمته ، أو قيمة ثوب أتلفه ، (أو ما)[1] ضاهى هذا .

وذكر بعض أصحابنا وجهاً (أن بينةَ المدعي)[2] ، إن كانت شهدت على إقرارِ المدعى عليه بالدين ، فلا بدّ أن يُضيفَ إلى دعواه إقرارَ المدعى عليه ، لتُطابقَ شهادةُ البينة بعضَ دعواه ، وهو بعيدٌ .

[الدعوى بالدين المؤجل] :

١٦٠ ـ هذا كلُّه في الدّين الحالِ ، أما الدّين المؤجل ، فلا تُسمع الدعوى به على أصح الوجوه الثلاثة عند الإمام ، والوجه الثاني : لا تسمع مطلقاً ، والثالث : تُسمع لغَرضِ التسجيل ، إن (كانت)[3] له بينةٌ ، وعندَ غيره خلافٌ مطلقٌ لا اختيارَ فيه .

والقياسُ أنّه لا تُسمع ، إذ لا مطالبةَ الآن ، إلا أنَّ بعضَ الحُكام يرى جوازَ إثباتِه قبلَ حلولِه طلباً للتسجيلِ ، وحفظاً للحق عن الضياع ، لا سيّما عند طولِ الآجال .

١٦١ ـ وإن كان بعضُ الدّينِ حالاً ، وبعضُه مؤجلاً ، رأيتُ بعضَ الحكام يُثْبِتُه لأجلِ الحالّ .

---

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : وما .

(٢) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : أن البينة للمدعي .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كان .

وكان عندي فيه ترددٌ ظاهرٌ ، لعدم العثورِ على النقل ، إلى أنْ رأيت[1] الماوردي صرّح بجواز الدعوى به ، قال : تكون له الدعوى بالمُؤَجَّل تبعاً للحال ، وهو حسنٌ ، إلا أن فيه نظراً من حيثُ أن الدّين ، إذا كانَ ألفاً ، والحالّ منه درهمٌ واحد ، فكيف يَسْتَتْبعُ الدرهمَ الواحدَ الباقي المؤجل[2] ؟ ثم قال بَعْدَه : فلو كان الدّينُ المؤجلُ وجبَ بعقد ، وقصدَ المدعي به بدعواه تصحيح العقدِ ، كالمُسْلَم فيه المؤجل ، صحت دعواه ، لأن المقصودَ (منه)[3] مستحَق في الحال . هذا كلامه ، وهو حسن[4] .

ويلزم على مُساوقَتِهِ[5] ، إذا كان الدّين مؤجلاً ، بعقد بيع ، بأن باعه سلعةً بثمنٍ مؤجّلٍ في الذمة ، وسلم السلعة إلى المشتري ، فللبائع الدعوى بالثمنِ المؤجلِ ، والحالةُ هذه ، لأنَّه يَنْبغي تصحيحَ العقدِ بالدعوى .

وهكذا في نظيرِه في الإجارة .

١٦٢ ـ فإن صحّ ما ذكره الماوردي في مَسألة السَّلَم ، وصحّ ما ذكرناه في مسألتي البيع والإجارة قولاً واحداً ، ارتفع الخلاف في الدعوى بالدّين المؤجل ، لأن الدّين لا يثْبت مؤجلاً في الذمم قط ، إلا ببيع أو إجارةٍ[6] ، أو سَلَمٍ أو نكاح ، أما القروضُ وقِيَمُ المُتْلفاتِ ، وما يجبُ من ضمانِ الحيلولة في الغصوب ، لا يجبُ إلا حالاً .

---

(١) في نسخة ف : وجدت .

(٢) محل الاستتباع عند الإطلاق ، ولا يضر كون الكثير تابعاً للقليل للحاجة إليه ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٦٨ ، حاشية قليوبي وعميرة على شرح المحلي : ٤ / ٣٣٧ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٤٦) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : به .

(٤) نقل الخطيب الشربيني رأي الماوردي في (مغني المحتاج : ٤ /٤٦٨ ، حاشية قليوبي : ٤ / ٣٣٧ ، حاشية البجيرمي على الخطيب : ٤ / ٣٣٨) .

(٥) العبارة في نسخة ف : ويلزمه فيه على سياقه .

(٦) العبارة في نسخة ف : إلا بيعاً أو إجارة .

نعمْ ، ديةُ قتلِ الخطأ لا تثبت[1] على العاقلةِ إلا مُؤجّلةً ، وإن كان الماوردي لا يجوِّز ثبوتَ الدعوى بالدّين المؤجلِ قولاً واحداً ، إلا في مسألة السّلَم فقط ، دون البيع والإجارة والنكاح ، ففي الفرق عسرٌ مع إمكانه .

[الدعوى بغير المثلي] :

١٦٣ ـ أما إذا كانَ الحقُ الثابتُ في الذمة غيرَ مِثْلي ، كالثياب والعبيد والحيوانات ، [٢٦ / ب] وما يصح السلمُ فيها ، فإذا ادّعى بها ، وكان ثبوتُها بعقد سَلَمٍ ، فلا بدَّ من ذكر عقد السلم في الدعوى ، وذكرِ صفاتِها المعتبرةِ في صحة السلم ، فإنْ لم يذْكر أنّها عَنْ عقد سلم لم تصح دعوى أعيانها ، لأنها قد تكونُ مغصوبةً فوجبَ عدمُ قيمتها[2] ، فيلزمُه مع ذكرِ الصفة ذكرُ القيمة .

[ذكر الأوصاف في الدعوى] :

١٦٤ ـ وإن كان ثبوتها (لا)[3] بعقدِ سلمٍ كالإبل المستَحَقة في الدّيَةِ ، والغُرّةِ في الجنين ، فلا يُشترط ذكرُ صفتها في الدعوى ، لأنّ أوصافَها مستَحقةٌ بالشرعِ ، (وإنّما)[4] يُعتبر في صحتها شروطٌ ثلاثةٌ .

أحدُها : ذكرُ أنّها عن جنايةِ عمدٍ أو خطأ .

والثاني : أنّها جنايةٌ على حُر .

---

(١) في نسخة ف : لا تجب .

(٢) لأن الواجب رد العين ، والعبارة في نسخة ف مختلفة : وإن لم يذكر عن أنها عن عقد سلم لم تسمع دعواه ، وتكون مغصوبة بموجب عشر قيمتها .

(٣) الكلمة من هامش الأصل ، وهي تصحيح واستدراك من الناقل كما يفهم من عبارته في الهامش : لعله لا ، وفي نسخة ف : بغير عقد .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فإنما .

والثالث : أنّها جنايةُ نفسٍ أو طَرَفٍ ، أو جراحُ[1] (ديةٍ)[2] مقدَّرةٍ بالشرع ، كالمُوَضَّحة والجائِفَة[3] .

وأما الجناية التي لا أَرْشَ[4] لها مقدرٌ بالشرع ، فيُقتصر[5] في الدعوى بها على صفة الجناية ، من غير تقدير أَرْشٍ لها ، لأنّ تقديرَه إلى الحاكم .

وفي الغُرّة[6] يذكرُ أن المُجْهَضة[7] حرةٌ ، وأما الجناية على العَبْد ، فيذكر في الدعوى بها قدرَ قيمة العبدِ ، وكذا في جنين الأمة .

[دعوى النكاح والبيع] :

١٦٤ / ٢ ـ أما دعوى النكاح والبيع ففي سماع الدعوى المطلقة فيها ثلاثةُ أقوال .

---

(١) الجراح بالكسر جمع جراحة ، وجَرَحَه كمنعه ، والاسم الجُرح بالضم جمع جروح ، وقلّ أجراحَ ، (القاموس المحيط : ١ / ٢١٧ ، تصحيح التنبيه ، للنووي : ١٣١) .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ديته .

(٣) المُوضحة : الشَجَّةُ التي تبدي وَضَح العظام أي بياضه ، والجائفة طعنة تبلغ الجوف ، (القاموس المحيط : ١ / ٢٥٥ ، ٣ / ١٢٥) ، وانظر أحكامها الشرعية وآراء الفقهاء فيها ، ومقدار الدية في كل منها كتاب (التعزّير ، للدكتور عبد العزيز عامر : ١١٨ ، ١٢٥ ، وتصحيح التنبيه : ١٣٨) ، وقال النسفي : الموضحة التي تقطع السمحاق ، وتوضح العظم ، أي تبينه ، (طلبة الطلبة : ١٦٥) .

(٤) الأرش اسم للمال الواجب على ما دون النفس ، كما عرفه الجُرجاني في (التعريفات : ١١ ، وصاحب دستور العلماء : ١ / ٧٥) ، ويطلق على ضمان الجروح التي لم يقدر لها دية محددة شرعاً ، وإنما يترك تقديره إلى القاضي ، ويسمى عند الفقهاء أيضاً الحكومة ، (انظر : التنبيه : ١٣٩) ، وقال النسفي في (طلبة الطلبة : ١٦٦) : الأرش دية الجرح ، وفي (القاموس : ٢ / ٢٦٢) : الأرش الدية ، وما نقَص العيب من الثوب ، لأنه سبب للأرش والخصومة .

(٥) اللفظ في نسخة ف : فيفتقر .

(٦) الغرة : هي النَسَمة من الرقيق ، ذكرا كان أو أنثى ، قال ابن قتيبة وغيره : سميا بذلك لأنها غرة ما يملكه الإنسان ، أي أفضله ، وأشهره ، وغرة كل شيء خياره ، والغرة : هي العبد أو الأمة ما بين سبع سنوات والعشرين ، يدفع دية للجنين ، فإن عرفت الغرة فخمس من الإبل في أصح القولين ، وقيمة الغرة عشر قيمة الأم ، فالغرة في الشرع بدل الجنين ، (انظر : التنبيه ، للشيرازي : ١٣٨ ، ١٤٠ ، تصحيح التنبيه ، النووي : ١٣٧ ، دستور العلماء : ٣ / ٤ ، المصباح المنير ٢ / ٦٠٨) .

(٧) الإجهاض : الإسقاط ، والمجهضة : هي التي أسقطت جنينها بسبب من الأسباب ، (انظر : تصحيح التنبيه : ١٣٦) .

في الثالث : الفَرْق بين النكاحِ والبيعِ ، فيُشترطُ في النكاح دون البيع[1] ، ثم قيل : في النكاحِ تفصيلٌ آخر ، وهو أنّه إنْ قال : تَزَوّجتها ، فلا بُدَّ من التفصيل ، وإن قال : هي زوجتي ، فلا يحتاج ، وهذا الفرقُ ضعيف ، والتفصيل أصحُّ في النكاح ، وصورته في النكاح أن يقولَ : أدَّعي أن هذه المرأةَ زوجتي ، تزوَّجْتها بولي مُرْشدٍ ، وشاهدي عَدْل ورِضاها[2] ، على صداقٍ معلومٍ (صحيح)[3] ، مبلغُه كذا (وكذا)[4] ، وقد أحضرتُه لتتسلمه مني ، وتُسَلِّمَ نفسَها إليّ ، وأطلبُ منها ذلك ، فمُرْها أيها الحاكمُ بتسليمِ نفسها إليّ ، فيَتَعَرَّضُ لتفصيل العقد ويذكرُ رضاها ، إن كان المُزَوِّجُ لها غيرَ مجبرٍ ، وإن كان مُجْبراً فيتعرضُ لذكرِ المزوِّج ، وهو الأبُ أو الجدُّ ، ويتعرض للأهلية في حق الزوجِ والزوجة .

ويقولُ في البيع : اشتريتُ هذه السلعةَ ، ويشيرُ إليها ، إنْ كانت حاضرةً ، ويصفُها إنْ كانت (غائبةً)[5] ، من هذا الحاضر ، ويشيرُ إليه ، وهو جائزُ التصرفِ في ذاك ، شراءً صحيحاً شرعياً ، بثمنٍ جملتُه كذا وكذا ، وسلمتُ الثمنَ إليه ، أو قَدْ أحضرْتُه الآن ليتسلمَه ، ويُسَلِّمَ إليّ المبيعَ ، وأنا أطلبُ ذلك ، وإلزامَه به ، وأسألُ سؤالَه عنه ، فمُرْه بذلك ، فهذه هي الدعوى المفصلة .

[الدعوى المطلقة] :

١٦٥ ـ والدعوى المطلقةُ هي ذكرُ البيع والثمن ، أو النكاح والصداق ، من

---

(١) انظر : المهذب : ٢ / ٣١١ ، الروضة : ١٢ / ١٤ .

(٢) وهذا ما نص عليه الشافعي في (الأم : ٦ / ٢٣٨) ، وانظر : الروضة : ١٢ / ١٤ .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط في الأصل .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كذا ، بدون واو .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : مغيبّة .

غير تفصيلٍ ، وذكرُ الطواعيةِ في العاقد ، ونفيُ الكراهةِ ليس بشرطٍ في البيع والنكاح ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه[1] ، [٢٧ / أ] وكذا لا يُشترط نفيُ المُفْسدات في النكاح ، من رِدّةٍ وعدّةٍ ورضاعٍ ، فإن ذلك يَنْفيه قولُه : تزويجاً صحيحاً ، ولا خلاف أن دعوى القِصاص ، لا بدَّ فيه من التفصيلِ ، لخَطَر الدّماء[2] ، ولا يخفى كيفيتُه .

[دعوى المرأة الزوجية] :

١٦٦ ـ وهذا كلُّه إذا ادّعى الرجل زوجيّةَ المرأة ، أمّا إذا ادّعتِ المرأة الزوجيّة على رجل[3] ، فإنْ ذكرت في دعواها طلبَ النفقة ، أو المهرِ ، سُمِعَتْ ، وإنْ اقتصرت على مجردِ دعوى الزوجيّة ، ففي سماعها وجهان[4] .

١٦٧ ـ ثم مَهْما صحت دعوى الرجل على المرأة بالنكاح مُفصلة ، فأقرتْ بصحة دعواه ، هل يشترطُ في صحة إقرارها به تفصيل النكاح ، كما يُشترط تفصيل الدعوى على الأصح ؟ فيه خلافٌ ، الأصحُ : أنّه لا يُشترطُ ، وهكذا إذا أقرّ الرجلُ بالنكاح الذي ادعت به المرأة وفصّلته ، هل يُشترط في صحة إقرار الرجل به تفصيله ؟ فيه وجهان ، أصحُها لا يُشْترط .

وحكمُ دعوى البائعِ الثمنَ على المشتري ، حكمُ دعوى المشتري المبيعَ على

---

(١) الأم : ٦ / ٢٣٨ ، ونصّ الشافعي في الأم هو : « وإذا ادعى رجل أنه نكح امرأة لم أقبل دعواه ، حتى يقول : نكحتها بولي وشاهدين عدلين ورضاها » ، وانظر : الروضة : ١٢ / ١٤ .

(٢) انظر : الروضة : ١٢ / ١٣ .

(٣) في نسخة ف : الرجل .

(٤) تفيد عبارة الشافعي في (الأم : ٦ / ٢٣٩) ، أن دعواها صحيحة ، وتُطلب منها البينة ، فإن لم تحضرها حلف الرجل وبرئ ، وعبارته : وهكذا لو ادعت عليه المرأة النكاح ، وجحد ، كلفت المرأة البينة ، فإن لم تأت بها أحلف ، فإن حلف برئ ، وإن نكل ردت اليمين على المرأة ، وقلت لها : احلفي ، فإن حلفت ألزمته النكاح ، وانظر : الروضة : ١٢ / ١٥ .

البائع ، وكذلك دعوى المتأجرين[1] ، ولا يخفى حكمة وتنزيله على ما مضى .

[دعوى الحقوق] :

١٦٨ ـ وأمّا دعوى الحقوق ، كالقِصاص وحد القذف والردّ بالعيب والشُّفعة والغَصْب والقِيَم ، فلا تخفى على الفقيه ، وسنذكرُ إن شاء الله تعالى في أواخر الشهادات فصلاً في الشُّفْعة وحقيقتها ، والدعوى بها ، والشهادةِ بها إن شاء الله تعالى[2] .

[الدعوى بالمجهول] :

١٦٩ ـ واعلم أنّ أصحابنا كلهم قالوا : لا تصحُ الدعوى بالمجهول ، ولا تُسمع[3] . ثم استثنى بعضُهم الدعوى بالوصية فقط[4] ، وبعضهم استثنى الوصيةَ والإقرارَ[5] ، ونحن ننقل ما ذكروه[6] مفَصّلاً ، ثم نعقبه بما نختاره (من ذلك)[7] إن شاء الله تعالى .

قال الماوردي : لا تَصحُّ الدعوى فيا عدا الوصيةِ إلا معلومةً ، وتجوز

---

(١) في نسخة ف : المستأجرين ، ولفظ الأصل أعم فيشمل المستأجرين والمؤجرين .

(٢) فقرة ٣٥٤ وما بعدها ، وانظر في الخاتمة : مسائل في الشفعة ، فقرة ٨٧٩ وما بعدها .

(٣) يقول الزميل الدكتور محمد نعيم ياسين في رسالته (نظرية الدعوى : ١ / ٣٤١) : يكاد الفقهاء يتفقون على أنه يشترط في الدعوى معلومية المدعى به ، حتى تكون الدعوى معتبرة شرعاً ، أ . هـ . فلا تسمع دعوى المجهول ، (انظر : المراجع التي أشار إليها ، ومغني المحتاج : ٤ / ٤٦٤ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٤٠) .

(٤) المهذب ، الشيرازي : ٢ / ٣١١ .

(٥) قال العلامة قليوبي في (حاشيته على شرح المحلي : ٤ / ٣٣٦) : استثنى من ذلك مسائل تسمع فيها الدعوى بالمجهول للضرورة كوصية وإقرار ودية وغرة وفرض مهر ومتعة وحكومة ورضخ ونفقة وكسوة وحق إجراء الماء في أرض جددت .

والواقع أن هذه الأمور ليست مجهولة ، وإنما يناط تقديرها أصلاً بالحاكم ، وأناط الشارع تقديرها له بحسب الظروف والأحوال واختلاف الأشخاص والصفات .

(٦) في نسخة ف : ما قالوه .

(٧) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

دعوى الوصيةِ مجهولةً ، لأنه يجوز أن يتملكها مجهولة ، فإن قيل : لو أقرَّ بمجهول جازَ ، فهلاّ جاز أن يدّعي مجهولاً ؟ قيل : الفرقُ بينهما ، لأنّه قد تعلقَ بالإقرار حقّ لغيره ، فيلْزم بالمجهول ، خيفةَ إنكاره ، ولم يتعلق بالدعوى حقّ لغيره[1] .

هذا كلامه ، وهو مُصرّحٌ باستثناء الوصية فقط ، ثم أخذَ يفرّقُ بين قبول الإقرار مجهولاً ، وبين عَدمِ الدعوى به ، ولم يُفرّق بين صحةِ دعوى الوصيةِ بالمجهول ، وبين عدم صحة دعوى الإقرار بالمجهول ، مع صحةِ الوصية بالمجهول ، وصحة الإقرار بالمجهول ، فتركَ ما ينبغي ذكرُه ، وذكرَ ما لم يُحْتجْ إليه في هذه المسألة .

[دعوى الوصية] :

١٧٠ ـ وقال الإمامُ : قالَ العلماءُ : الدعوى على الجهالةِ مردودةٌ ، إلا دعوى الوصيةِ ، فإنّها تُقْبلُ مع الجهالةِ ، لأنَّ الوصيةَ بالمجهولِ صحيحةٌ ، ثم الرجوعُ في (تفسيرها)[2] إلى الوَرَثة ، فإذا صحّتْ الوصيةُ كذلك ، صحَّ ادعاؤها [٢٧ / ب] على وجهِ صحتها إنشاءً .

وقال القاضي : الذي أراه أنّ دعوَى الوصيةِ المجهولةِ مردودةٌ ، لأن الوصولَ إلى إعلامِ الموصى به ممكنٌ بمراجعةِ الورثة ، وإذا أمكنَ ذلك (فليقدم)[3] الإحاطةَ به ، ثم يربط دعواه بمعلوم .

قال الإمام : والوجه عندنا ما ذكره الأصحابُ ، لأنّ الموصى له إذا قالَ :

---

(١) الحاوي ، له : ١٣ ق ٤٩ / أ ، وانظر : المهذب : ٢ / ٣١١ ، حاشية البجيرمي على الخطيب : ٣ / ١١٥ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢٤٧ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : تفسيرهما .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فليتقدم .

إنّ فلاناً قالَ : أوصيتُ لفلان بشيء ، وأنا أدعي ثبوتَ هـذه (اللفظـة)[1]، ثُمَّ أنْعَتُ[2] بعدَها ، لم يَمْتَنع عليه ذلك ، وإنما تُفرضُ الدعوى عند جحود الوارث أصلَ الوصيةِ ، وإنما يعرف التعيين منه ، إن لو اعترف بأصلِ الوصية .

[الإقرار بمبهم] :

١٧١ ـ ثم قـال الإمـام بعـدَ هـذا : مَنْ أقرّ بشيءٍ مبهمٍ[3]، حُبس المقِر حتى يفسّره إذا امتنع ، هكذا قال الأصحاب[4]، ومنهم من قال : لا يُحبس لامتناعه عن تفسيره[5]، لكن يقال للمقَر له : ادَّعِ عليه حقاً معلوماً ، فـإن أقرّ بـه أُخِـذَ منه ، وإنْ أنكرَ حُلِّف ، وإن قالَ : لستُ أدري ، كان إنكاراً منـه ، فـإن أصرّ عليه بعد عرض اليمينِ عليه ، جعلْناه ناكِلا ، ورددنـا اليمين على المـدعي ، هـذا كلام الإمام .

١٧٢ ـ قلتُ أنـا : فينبغي أن يكونَ سماعُ دعوى الإقرار بـالمجهول مرتبـاً على حَبْسـه إلى (أنْ يفسرَ)[6] تفسيرَه ، أو عـدم حبسـه ، فـإنّـا إنْ قلنـا : إنـه يُحبس حتى يقرَ ، استفاد المقَرُ له المـدعي بـإثبـاتِ اللفظـةِ المُبْهمـة التي أبهمَهـا المقِر ، والدعوى بها أن يشهدَ الشاهدان بما سمعاه من لفظـه المُبهم ، ثم يطـالِبُـه ببيانها ، فإنْ امتنعَ حَبْسُـه ، فعلى هـذا ينبغي سماعُ دعواه بـالإقرار بـالمجهول ، وإن قلنـا : إنّ المقِرَ لا يُحْبسُ إذا لم يفسر ، ويُكلَفُ المقَرُ لـه ببيـان قَـدْرِ يدعيه ، فينبغي أن لا تُسمع دعوى الإقرار بالمجهول ، إذ لا فائدةَ منها ، إذا آل الأمرُ إلى تكليفِ المقَرِ له ذكرَ قدرٍ معين ، والدعوى به ، وهذا ظاهرٌ .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : اللقطة .

(٢) أي أصف ، وفي نسخة ف : أبحث .

(٣) قال السبكي : والمبهم كأحد العبدين في معنى المجهول ، (مغني المحتاج : ٢ / ٢٤٧) .

(٤) حاشية البجيرمي على الخطيب : ٤ / ١١٥ .

(٥) المهذب : ٢ / ٣٤٨ ، قال الشافعي في (الأم : ٦ / ٢٢٤) : « ولا نحبسه » . وفي نسخة ف : من تفسيره .

(٦) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

ثم قال الإمامُ : إذا فسّر المقِرُ الشيءَ أو المالَ بتفسيرٍ مقبول ، فقالَ المقَر له : لم تُرِدْ بلفظك ما أظهرته ، وإنّما أردتَ به أكثرَ منه ، قالَ المحققون : لا يُقبلُ من المقَر له هذا ، لأنّه نزاعٌ في إرادةٍ ، فالوجهُ أن يقولَ له المقر له : قد فسرتَ إقرارَك بدرهم ، ولي عليك عشرةٌ ، وأنت أردتَ بالشيء عشرةً ، فيتّجه كلامُه إذن ، فيحلفُ المقِرُّ بالله لا تلزمُني التسعةُ الزائدةُ ، ولم (أُرِدْ بالشيء)[1] إلا دِرْهماً .

ومن أصحابنا منْ قالَ : تُقبل دعوى المقَر له في الإرادةِ المجردةِ على خلاف ما أبدى المقِر ، وهو ضعيفٌ ، لا أصلَ له ، (يُلتفت على أصلٍ)[2]، وهو أنَّ من رفعَ خصمَه إلى القاضي ، وقال : أدّعي أنّه أقرَ لي بألف ، هل يُسمع ؟ فيه خلافٌ ، الأصحُ أنه لا يُسمع ، هذا ما ذكره الإمامُ .

وقال البغويُّ : إذا ادّعى على رجلٍ ، أنّه أقرّ له بشيء ، ولم يُبين ، لم تُسمع الدعوى [٢٨ / أ] مجهولةً إلا في الوصية ، إذا ادّعى أن فلاناً أوصى (له)[3] بشيء ، ولم يُبين ، تُسمع ، وتُسْمَع شهادةُ الشهود بذلك .

وقال الشيخ أبو إسحاق : لا تُسمع دعوى المجهولِ إلا في الوصيةِ[4].

فهذا ما ذكره من خصص بالوصية فقط .

[الدعوى بالإقرار المجهول] :

١٧٣ ـ أما من ألحقَ الإقرارَ بها ، فقال القاضي أبو الطيب في « تعليقه الكبير » ، لا تُسمع الدعوى مجهولة إلا في الإقرار والوصية ، لأن الوصيةَ

---

(١) ما بين القوسين مكرر في هامش الأصل .
(٢) ما بين القوسين ساقط من نسخة ف .
(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لي .
(٤) المهذب : ٢ / ٣١١ ، وسوف يكرر المصنف هذه المسائل في خاتمة الكتاب ف ٨٤٤ .

بالشيء المجهولِ تصح ، فكذا الإقرار بالشيء المجهول يصحُّ ، فكما لم تَمنع الجهالةُ صحتها ، لم تمنع سماعَ الدعوى بها ، ونقلهُ الشيخُ أبو نصر بنُ الصباغ كذلك ، فقال لا يَسمعُ الحاكم الدعوى إلا مُحَرّرةً إلا في الوصيةِ والإقرارِ ، وإنّما صحتِ الدعوى مجهولةً في الوصية ، لأنّها تصحُ مجهولة ، لأنّه لو وَصّى له بشيء ، أو سَهْم تصح ، فلا يُمكنه أن يَدّعيها إلا مجهولةً ، وكذلك الإقرارُ لمّا صحَّ أنْ يَقرَ بمجهولٍ ، صحّ أن يدعيَ عليه أنّه أقرَ له بشيء مجهول ، هذا ما ذكره الإمامان[1] .

وقال القاضي حسين في « تعليقه » : لا تُسمع الدعوى إلا معلومةً إلا في الوصية ، ولم يَزدْ على هذا .

وقال الشيخ أبو علي في « شرحه الكبير » : دعوى المجهول لا تُقبل إلا في موضعين :

أحدهُما : الوصيةُ يَدَّعي بها على الورثة أن الميتَ وصّى له بشيء ، أو بدابةٍ من ماله ، لأنّه يُمكن إثباتُ ذلك بالبينة ، وكل ما أمكن إثباتُه بالبينة سُمعت الدعوى فيه .

والثاني : الإقرارُ ، فتسمعُ دعوى الإقرارِ مجهولةً ، لأنه يَصح مع الجهل .

وقال الشيخ ابنُ (أبي)[2] عَصْرون[3] : قال في « المهذب » : لا تصح ،

---

(١) الإمامان أي السابقان بالذكر وهما أبو الطيب وأبو نصر ، وقد ورد مثل ذلك سابقاً .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٣) عبد الله بن محمد بن هبة الله بن علي بن المطهر بن أبي عصرون بن أبي السري ، أبو سعد التميمي الموصلي ، القاضي شرف الدين ، نزيل دمشق ، وقاضي القضاة بها ، وعالمها ورئيسها ، تفقه ببغداد ، وتوجه إلى واسط ، ثم نزل دمشق سنة ٥٧٠ هـ ، فولي القضاء بها سنة ٥٧٣ هـ ، وكان من أعيان الأمة وأعلامها ، عارفاً بالمذهب الشافعي وبالأصول والخلاف والتحقيق الفقهي ، وكان ديناً خيراً متواضعاً ، له تصانيف كثيرة ، وبنى له الملك نور الدين المدارس بحلب وحماه وحمص وبعلبك ، وبنى لنفسه مدرستين بدمشق وحلب ، ومن كتبه صفوة المذهب على نهاية =

دعوى المجهول إلا في الوصية[1] ، قلت : والإقرارُ في معناها ، لأنه يَصحُ الإقرارُ به ، وإقامةُ البينة عليه ، فتصح دعواه كالوصية ، هذا كلامه .

١٧٤ ـ والذي عندي في هذه المسألة أنَّ الدعوى بالوصيةِ بالمجهولِ تصحُّ ، لأنها إنشاءٌ لا يُمكن الموصى له تعيينُ شيء أبْهمَه الموصي المُنْشِيء ، وهل تصحُّ الدعوى بالإقرارِ بالمجهولِ ؟ فيه وجهان مبنيان على جوازِ حبسِ المقِرِ إذا امتنع من التفسير ، فإنْ جوَّزنا حَبْسَه صحتِ الدعوى ، وإلا فلا .

والفرقُ بين الإقرارِ والوصيةِ أن الوصيةَ إنشاءٌ ، والإقرارُ إخبارٌ عن حق سبق وجوبُه ، (وللمُقَر)[2] له طرقٌ إلى معرفته ، فيبينه ويَدّعيه مبيَناً ، بخلاف الإنشاء ، وقولُ الشيخ أبي علي : كل ما صحّ إقامة البيّنة به صحتِ الدعوى به ، يَبْطل بدعوى الإقرارِ المجرد ، فإنّ إقامةَ البينةِ به صحيحةٌ بلا خلاف ، والأصحُّ (أنَّه)[3] لا تسمعُ الدعوى بهِ مجرداً ، والله أعلم .



= المطلب في سبع مجلدات ، وكتاب الانتصار في أربع مجلدات ، والمرشد في مجلدين ، والذريعة في الشريعة ، والتيسير في الخلاف ، وفوائد المهذب ، وكتاب الموافق والمخالف ، عمي في آخر عمره ، وصنف في جواز قضاء الأعمى ، ولد سنة ٤٩٢ هـ بالموصل ، وتوفي بدمشق سنة ٥٨٥ هـ ، ودفن بمدرسة العصرونية ، وقال في « كشف الظنون » : توفي سنة ٥٩٥ هـ ، (انظر : وفيات الأعيان : ٢ / ٢٥٩ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٧ / ١٣٢ ، كشف الظنون : ١ / ٥٦١ ، البداية والنهاية : ١٢ / ٣٣٣ ، النجوم الزاهرة : ٦ / ١٠٩ ، نكت الهميان : ١٨٥) .

(١) المهذب : ٢ / ٣١١ ، وعبارته : « لا تصح دعوى مجهول في غير الوصية ، لأن القصد بالحكم فصلُ الحكومة والتزامُ الحق ، ولا يمكن ذلك في المجهول » .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فللمقر .

(٣) في نسخة ف : أنّها .

النظر الثالث

في

جواب المدعى عليه

وهو ينقسم إلى إقرار وإلى إنكار وإلى سكوت .

القسم الأول : الإقرار بالمدعى به [٢٨ / ب] :

١٧٥ ـ فلا يَخفى صريحه[١]، فمتى أقر به حُكِم عليه بموجَبه ، فلو قال : لي من هذه الدعوى مَخْرجٌ ، فليس بإقرار ، وكذا إذا قالَ : عندي المخلصُ منهـا ، أو البراءةُ منها ، أو أنا بريءٌ من هذا المالِ ، لا يكونُ إقراراً .

ولو قالَ : أبرأني عَنْ هذا المالِ كان إقراراً على المذهب الصحيح .

وحكى الهرويُّ عن ابنِ القاص[٢] قولاً : أنَّه لا يكونُ إقراراً ، وهو بعيدٌ .

ولو قال أبرأني عن هـذه الـدعوى لا يكون إقراراً ، وهل تسمع دعواه حتى يَحْلفَ المدعي أنه مـا أبراه عن هـذه الـدعوى ؟ فيـه وجهـان ، قـال صـاحبُ

---

(١) في نسخة ف زيادة طويلة ، ولا تتفق مع الكلام ، وهي : أما دعوى الحقوق كالقصاص وحد القذف والرد بالعيب والشفعة والغَصْبِ والقيم فلا يخفى على الفقيه ، وسنذكر إن شاء الله تعالى آخر الشهادات (٤١ / ب) فصلاً في القيمة وجنسها والدعوى بها والشهادة بها إن شاء الله تعالى . وهذه الزيادة مرت في الأصل صفحة ٢٠١ ف ١٦٨ .

(٢) أبـو العبـاس ، أحمـد بن أبي أحمـد ، المعروف بـابن القـاص الطبري الفقيـه الشـافعي ، كان إمـام وقتـه في طبرستان ، صنف كتباً كثيرة منها التلخيص وأدب القاضي والمواقيت والمفتاح وغير ذلك ، وقد شرح التلخيص عبد الله الختن ، والشيخ أبو علي السِّنجي ، وهو كتاب صغير ، وكذلك الغزالي ، وتصانيفه صغيرة الحجم كثيرة الفـائـدة ، سـافر حتى انتهى إلى طرسوس ، وقيل إنه تولى القضاء بها ، وكان كثير الوعظ ، مات مغشياً عليه عند وعظه وذكر الله تعالى سنة ٣٣٥ وقيل ٣٣٦ هـ بطرسوس . (انظر : وفيات الأعيان : ١ / ٥١ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٣ / ٥٩ ، طبقـات الفقهاء : ١١١ ، النجوم الزاهرة : ٣ / ٢٩٤ : البداية والنهاية : ١١ / ٢١٩ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٥٢) .

« التلخيص » : يَحْلف ، لأنه لو أقرَّ بأنْ لا دعوى له عليه بَرِىء .

وقال الشيخ الإصطخريُّ والقفَّال (وغيرهما)[1]: لا يَحْلف لأنه منكرٌ دعواه .

فإذا ادّعى أنه أبراه ، فقد ادّعى الصلحَ على الإنكار ، فلا تسمعُ دعواه ، ولو قال المدَعى عليه : أبرأني من هذا المالِ المدعى به ، فهو إقرارٌ به على المذهبِ الصحيح .

وحكى الهرويُّ قولاً عن ابن القاص : أنه ليس بإقرار ، فإذا قلنا : إنه إقرارٌ ، فلو قالَ : يَحْلف أنه ما أبرأني منه ، فالمذهبُ أنَّه (لا يطالبُهُ به)[2] حتى يحلفَ المدعي .

وقال القاضي حسين : بل يقال له : أدِّ المالَ إلى المدعي ، ثم ادَّعِ البراءة ، فإنها دعوى جديدةٌ ، ولو قال المدعى عليه ، والمدعى به عينٌ ، اشتريت منه هذه العينَ ، فهذا اعترافٌ له بالملك ، فإن كانت له بينةٌ حاضرةٌ ، لم تُزل يده على أحد الوجهين ، وهو مذهبُ الصَيْدلانيّ ، بل تُسمعُ البينةُ في الحال بالشراء ، وعند القاضي حسين تُزالُ يدُه في الحال ، وللمدعي أنْ يقول (له)[3]: انتهت الخصومةُ بإقرارك لي ، فسلّمْ إليّ ، ثم افتتح مخاصمةً ودعوى[4] .

فعلى مذهبِ الصَيْدَلانيّ ، لو قالَ : لا تُزيلوا يدي ، وأمهلوني ثلاثةَ أيامٍ ، لأقيمَ البينةَ على الشِّراء ، فلا خلافَ أنه لا يُمهل ، وهكذا في دعوى الإبراء

---

(١) الكلمة من عندي ، وفي الأصل : وغيرها . وهو تصحيف ، والكلمة ساقطة من نسخة ف .

(٢) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : لا يطالب به .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وهو ساقط من الأصل .

(٤) العبارة في نسخة ف : ثم افتتح خصومة مخاصمة ودعوى .

بالدّين[1] ، ومسائلُ الإقرارِ معروفةٌ ، فلتطلبْ من بابها ، والكلام ههنـا في إقرار يُؤاخذُ المقِرُ به .

[الإقرار المركب] :

١٧٦ ـ ولو قـالَ : استحـقَ في ذمتـه ألفـاً من قَرْض ، فقـالَ المـدعى عليـه مُجيباً : يستحقُ عليّ ألفاً ، ولكن من ثمنِ مبيعٍ ، أو قيمـةِ مُتلَف ، هل يستحقُ الألف ؟ فيه وجهان ، الأصحُ نعم .

القسم الثاني : (الإنكار)[2]:

١٧٧ ـ وصورتـه أن يَـدَّعيَ عليـه عشرةَ دراهمَ مثـلاً ، فـإذا قـال مُجيبـاً : لا تَلزمني هذه العشرةُ ، ولا شيءٌ منها ، أو لا يَلزمُني تسليمُ عشرةِ دراهمَ إليـه ، ولا شيءٍ منها ، أو ما[3] يَسْتحقُ عليَّ عشرةَ دراهم ، ولا شيئاً منها ، فكلُ ذلـك جوابٌ صحيحٌ ، ولا بدَّ أن نقولَ في الجواب : ولا شيئاً منها على الأصح .

وقـال القـاضي حسينٌ : لا يحتـاجُ المنكرُ في الإنكارِ أنْ يقـولَ : ولا شيءٌ منها ، بل ذلك [٢٩ / أ] يكونُ في اليمينِ .

وليس بصحيحٍ ، لأنّ مُـدعي العشرةَ مُـدعٍ بكل جُزء منهـا ، فـلا بـدَّ من نفي جميـعِ مـا يَـدعي عليـه ، أو الإقرارِ بجميعـه ، أو إنكارِ بعضِـه ، والإقرارِ ببعضِه[4] .

---

(١) العبارة في نسخة ف : وهكذا إذا ادعى الإبراء في الدين .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الإقرار ، وهو خطأ .

(٣) في نسخة ف : لا .

(٤) وهو ما أيده النووي رحمه الله تعالى . (انظر : الروضة : ١٢ / ٢٠) .

[نفي النتيجة ، لا السبب] :

١٧٨ ـ ولو قال : أدّعي على رجلٍ ثمنَ مبيعٍ ، أو أجرةَ مُستأجَرٍ ، أو قيمةَ مُتْلَفٍ ، لم يُكلَّف المُدعى عليه في الجوابِ نفيَ الشراء والإجارة والتلف ، بل يَكفي قولهُ مُجيباً : لا يلزمُني تسليمُ (ما ذكره)[١]، ولا تسليمُ شيءٍ منه ، أو لا يستحقُ علي ما ذكر ولا شيئاً ، لأنه ربّما جرى ذلك حيث لا يلزمُه شيءٌ ، بأن جرى البيعُ والشراءُ ، وقبضُ (الثمن أو قبضُ)[٢] المبيع ، ثم أبرأه البائع من الثمنِ ، أو بَرئت به ذمتُه بحوالةٍ أو مقاصةٍ ، أو غيرِ ذلك[٣]، وهكذا في الإجارة ، (فلا)[٤] يكلف نفيَ الاستئجار ، ولا نفيَ الانتفاع ، لما ذكرناه ، وفي التلف يمكن أنْ يَكونَ بإذْنِ المالك ، فلو كُلِّفَ نفيَ هذه الأشياء في الجوابِ ، لكانَ كاذباً في نفيها ، مع علمه بوقوعها ، ولا يرى الكذبَ ، فيؤدي إلى اعترافه بوقوعها منه ، فيكون اعترافاً منه بجريان السببِ في حَقّه ، فيلزمُه الثمنُ والأجرةُ والقيمةُ ، ولا يُقبلُ قولُه في البراءةِ بعدَ ذلك إلا ببينة ، وربّما تَعذَّرَ عليه إقامتها[٥].

[اليمين على النتيجة ، لا السبب] :

١٧٩ ـ فلو أنَّه في الجوابِ نفى ما ادُّعيَ عليه به ، بأنْ ادّعى عليه ثمناً في بَيْعٍ عن مَبيع ، حيث تصحُّ الدعوى به ، فأجابَ بأني ما اشتريتُ منه هذه العينَ التي ذكرها ، فطلبَ المدعي من الحاكمِ إحْلافَه ، فهل يجبُ تحليفُه ، بأنه

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ما ذكر .

(٢) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٣) انظر : المهذب : ٢ / ٣٢٤ ، الروضة : ١٢ / ٢١ .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لا .

(٥) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٦٩ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٤٨ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٣٨ ، الروضة : ١٢ / ٢١ وما بعدها .

ما اشترى ذلك بالثمنِ المذكورِ ، بناءً على جوابه ؟ أو يحلف على نفي استحقاق الثمن ؟

إنْ قالَ : لا أحلف ، إلا أنه ما يَسْتحق عليَّ هذا الثمنَ ، ولا شيئاً منه ، فيه وجهان ، أصحها أنه يَقْنع منه باليمين على نفي الاستحقاق[1].

[اختلاف الدعوى والإقرار في السبب] :

١٨٠ ـ ولو ادّعى عليه ألفاً من جهة ضمانٍ ، فقالَ المدعى عليه مجيباً : ليس لك عليَّ ألفٌ من جهة ضمانٍ ، لكنْ من جهة عينٍ أتلفتها عليكَ ، أو من ثمنِ مبيعٍ قبضته منك ، ففي ثبوتِ الاستحقاق وجهان ، الأصحُّ عندَ الإمامِ ثبوتُه ، حكاهُ في أثناء الإقرار كذلك .

[الاختلاف في العيب] :

١٨١ ـ ومن المسائل القريبةِ مما نحنُ فيه ، أن المشتريَ إذا ادعى بالمبيع عيباً ، أنَّه قديم ، ويمكن حدوثه بعد البيعِ ، فالقولُ قولُ البائع مع يمينه[2]، ثم كيف يَحلف ؟ يُنظرُ في جوابه ، فإنْ أجابَ بأنْ لا يستحقُّ عليَّ ما يدعيه من استحقاق الردِ ، حَلفَ كذلك ، وإنْ أجابَ بنفي لفظِ الدعوى ، فقال : (بعتك)[3] بَرِياً من هذا العيبِ ، فيه وجهان ، أحدهما : يَحلف أنه ما يستحق عليه الرد ، والثاني : يحلفُ أنه باعه بَرِياً من هذا العيب ، وأصل هذين الوجهين : إذا ادّعى عليه غصباً ، فقال مجيباً : ما غصبتُ ، (فهل)[4] يحلفُ على نفي الاستحقاق ؟ أو على نفي [٢٩ / ب] الغصبِ ؟ فيه وجهان .

---

(١) انظر : مغني المحتاج ، المرجع السابق ، نهاية المحتاج ، المرجع السابق ، حاشية قليوبي وعميرة ، المرجع السابق ، الروضة : ١٢ / ٢٢ .

(٢) مختصر المزني : ٢ / ١٩٠ ، الأم : ٣ / ٦٣ هامش .

(٣) اللفظ بين القوسين من هامش الأصل ، وفي الأصل : بعتني ، وفي نسخة ف : بعته .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : هل .

ثم إنَّ الشافعيَّ رضي الله عنه نصَّ أنَّ البائعَ يحلفُ إنه باعه برياً من هذا العيبِ[1]، قال المزنيُّ : بل يحلفُ إنَّه باعه وأقبضَه برياً من العيبِ ، لجوازِ أنْ يكونَ العيبُ حَدَثَ بعد البيعِ وقبلَ القبضِ[2]، فيستحق المشتري به الرد .

أجابَ أصحابُنا عن هذا[3] بأنَّ الشافعيَّ أرادَ ما إذا ادَّعى المشتري أنَّه باعَه إياه ، (وبه)[4] العيب ، فيكفيه الحلفُ على نفي الدعوى فقط ، لأنَّ المشتريَ لم يدَّعِ حدوثَه بعدَ العقدِ ، حتى يحتاجَ البائعُ إلى نفيه باليمين .

١٨٢ ـ ولو كانَ في يده عينٌ فادَّعاها خارجٌ ، فقالَ مجيباً : ما يستحق علي تسليمَها ، أو لا يلزمني تسليمُها ، فأقام المدعي بينةً بالملك له :

(قال القاضي حسينٌ : يجبُ التَسليمُ إليه ، للشهادة بالملك له)[5].

قال الإمام : هذا مشكل ، لأن ذا اليد يقول : صدق الشهود ، هي ملكه ، ولكن لا يلزمني التسليم ، لاحتمال كونها في يده مستأجرة ، أو مرهونة ، فلا يلزمه التسليم[6].

وهذا يلتفت على ما لو صرح الداخل بأنها في يده بإجارة ، هل القول قوله ؟ أو قول المالك ؟ فيه خلاف ، فإن قلنا : إن القولَ قولُ المالك ، فيلزم الداخلُ إقامة البينة على رهن أو أجارة ، إنْ كان يدعيه .

وقال الشيخ القفال والفوراني بعده : طريقُه في الجوابِ أن يقولَ للحاكمِ :

---

(١) الأم : ٣ / ٦٣ .

(٢) مختصر المزني : ٢ / ١٩٠ ـ ١٩١ .

(٣) العبارة في نسخة ف : عن هذه المسألة .

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٥) ما بين القوسين من هامش الأصل ، وبعدها : صح .

(٦) انظر : الروضة : ١٢ / ٢٢ .

سله ، فإن كان يدعي ألفاً ، بـه رهن ، فحتى أجيبـه ، وإن كان يـدعي ألفـاً لا رهن به ، لم يلزمني التسليم إليه[1].

قال الشيخ أبو علي : قال بعض شيوخنـا : ليس للمـدعى عليـه أن يتحكم على القاضي بهذا السؤال ، ولا يجب على المدعى جوابُه ، والحيلة في أن لا يضيع رهنـه أن ينظر في قيمتِـه ، إنْ بلغت قـدرَ الـدين ، أن ينكر المـدعى عليــه ، ويحلف إنه لا يلزمه تسليمُ شيء إليه ، ولا يأثم به ، وكـذا إن كانت قيمتـه أكثر من الدين ، فيحلفُ ثم يدَّعي الزيادةَ عليـه ، وإنْ كانَ أقلَ فينكر من الـدين بقدر قيمته ، ولا يحلف على الزيادة .

وقال القاضي حسين : أنا لا أسمع هذا الجواب (المتردد)[2]، لكن لـه إنكار الدين إن أنكر المدعي الرهن[3].

قال الإمام : وهو بناء على مسألة الظَفَرِ بغير الجنس[4].

هذا مـا ذكره الإمـام في أصلِ هـذه المسألـة عن الأصحـاب والقـاضي من وجـوب التسليم إلى المـالـك عنـد قيـام البينـة ، ومـا ذكره الإمـام من الإشكال عليه .

---

(١) انظر : الروضة : ١٢ / ٢٢ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : المردد .

(٣) انظر : الروضة : ١٢ / ٢٢ .

(٤) مسـألـة الظفر بغير الجنس هي أن يكـون لشخص على آخر دين ، فينكر المـدين الـدين ، وليس للـدائن بينة ، فيجوز له أخذ جنس حقه من مال المدين إن ظفر به استقلالاً ، لعجزه عن أخذه إلا كـذلـك ، أمـا غير الجنس ففيه قولان ، الراجح جوازُ أخـذ غير الجنس إن فقـد الجنس ، ويستوفي حقـه منـه للضرورة ، وهو المـذهب ، وفي قول يمنع من ذلك ، لأنـه لا يتمكن من تملكـه . (انظر : مغني المحتـاج : ٤ / ٤٦٢ ، شرح المحلي على المنهـاج : ٤ / ٣٣٥ ، الروضة : ١٢ / ٣ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٣٤) ، وانظر مسألة الظفر بإسهاب وتفصيل ومقارنـة في (نظريـة الـدعوى : ١ / ١٢٢ ـ ١٧١) ، للزميل الدكتور محمد نعيم ياسين ، والعبارة في نسخة ف : بغير جنس الحق .

١٨٣ ـ وعندي أنَّ ما ذكرَه القاضي من وجوبِ التسليم صحيحٌ ، لا يمكن فرضُ خلافٍ فيه في المذهبِ ، وقاعدةُ المذهبِ تقتضيه ، وليسَ كمسألةِ الإجارةِ التي ذكرها الإمامُ ، والخلافُ فيها ، والإشكالُ الذي ذكرَه ضعيفٌ جداً ، بيانه هو أنَّ بينةَ المدعي الخارجِ موَجبةٌ لتقدُّمِه شرعاً على يدِ الداخل ، إذا لم تقم له بينةٌ بملكٍ [٣٠ / أ] ولا بيدٍ سابقةٍ مثلاً ، ولا بأمرٍ يعارضُ بينةَ الخارج ، وكونُ العين المدعى بها في يدِ الداخل لا يعارضُ مجردُ هذا بينةَ الخارجِ إجماعاً ، وإمكانُ كونها (مستأجرة)[١] منه ، أو مرهونة عنده لا [ينافي][٢] بينةَ الخارج ، إذا سكتَ ذو اليد عن دعوى ذلك بلا خلاف أيضاً .

نعم ، لو ادَّعى ذو اليدِ أنَّ العينَ بيده بإجارةٍ ، صُدّقَ على أحدِ الوجهين بدعواه ، أمّا عندَ سكوتِه فلا ذاهبَ إليه ، لا نعرفُ فيه خلافاً ، والدليلُ على صحةِ ما ذكرناه ، أنّه لو ادّعى عليه ثمن مبيع باعه منه ، وسلَّمه إليه ، فأجابَ بالابتياع ، وقبضِه المبيعَ ، وأنَّ الثمنَ ما ذكرَهُ البائعُ المدعي ، وقال : ولا يلزمُني تسليمُ الثمن إليه ، أو ما يستحقُ عليَّ هذا الثمنَ ، ولا شيئاً منه ، فهذا لا يسمعُ منه إجماعاً ، وإنْ أمكنَ براءته منه .

وهكذا لو ادّعى عليه أنه أتلفَ عليه ثوباً ، قيمتُه عشرةُ دراهمَ ، تعدياً ، أو خطأً ، بغير إذنِ المالك ، وطالبه بقيمته ، فقالَ مجيباً : أنا عِبته[٣] بغيرِ إذنك ، وهو ملكك ، ولكن ما تستحق علي قيمتَه ، ولا شيئاً منها ، فلا يُسمعُ أيضاً (منه)[٤] إجماعاً ، مع إمكانِ الإبراء .

ولو قالت : تزوجني هذا تزويجاً صحيحاً ، لوليٍ مرشدٍ ، وشاهديْ عدلٍ ،

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : مستأجر .

(٢) اللفظ من عندي ، وفي الأصل : يناف ، وهو خطأ ، وفي نسخة ف : لا تقاوم .

(٣) في نسخة ف : أتلفته .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وهو ساقط من الأصل .

على صداقِ مائةِ دينار ، وسلمتُ نفسي إليه ، ودخل بي ، فقال مجيباً : تزوجتُها كما ذكرتْ ، على ما ذكرتْ من الصَداق ، ودخلتُ بها ، ولكنها ما تستحقُّ عليَّ هذا الصداقَ ، ولا شيئاً منه ، فلا يُسمع منه على المذهبِ الصحيحِ ، الذي لا يجوز خلافه ، وحُكي فيه وجهٌ عن الشيخ أبي عاصم العبّادي[1] ، في « فتاويه » ، أنه يُسمع منه ، والقولُ قولهُ في نفي الصداق ، ولم يَذكرْ أحدٌ من الأصحاب هذا الوجه[2] ، في كتبِ المذهبِ ، ولا ذكره الشيخُ أبو عاصم في إنكار الثمن في البيع[3] .

والسببُ في عدم قبولِ إنكاره ، مع إمكان البراءة ، أنّه اعترفَ بالسبب الشاغل لذمته ، فلا يُسمع منه نفيهُ ، إلا بدعوى قبضٍ ، أو براءة ، فهكذا في مسألتنا ، قيامُ البينةِ للخارجِ سببٌ[4] ظاهرٌ في ثبوتِ الملك له ، وترجيحِ جانبه ، فإذا انضم إليها تصديقُ الداخلِ بها ، تأكدَ الظهورُ ، وقويَ جانبُ المشهودِ له بالملك ، واعترفَ بما (يوجبُ)[5] عليه التسليمَ إليه ، فيلزمُه التسليمُ قولاً واحداً ، وإنْ ادّعى ناقلاً فعليه بيانُه ، أو ما يقتضي إبقاؤه في يده ، فعليه إظهارُه وإثباته قولاً واحداً ، أو إظهارُه والدعوى به على أحد الوجهين ، إن كان إجارة .

---

(١) القاضي أبو عاصم ، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن عباد الهروي العبادي الفقيه الشافعي ، تفقه بهراة ونيسابور ، وصار إماماً جليلاً حافظاً للمذهب ، معروفاً بغموض العبارة ، وصنف كتباً كثيرة ، منها أدب القضاء والمبسوط والهادي إلى المذهب والرد على السمعاني وطبقات الفقهاء ، وعنه أخذ أبو سعد الهروي محمد بن أحمد الذي شرح كتابه أدب القضاء في كتاب « الإشراف في غوامض الحكومات » ، ولد أبو عاصم سنة ٣٧٥ هـ ، وتوفي سنة ٤٥٨ هـ .

(انظر : وفيات الأعيان : ٣ / ٣٥١ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ١٠٤ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٤٩ ، كشف الظنون : ١ / ٧٣) وفي نسخة ف : أبي عاصم البغدادي .

(٢) في نسخة ف زيادة وهي : في إنكار الثمن .

(٣) اللفظ في نسخة ف : المبيع ، وانظر : الروضة : ١٢ / ٢٣ .

(٤) العبارة في نسخة ف : فتقام بينة الخارج بسبب .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وجب .

١٨٤ ـ وأما مذهب الشيخ القفال والفوراني في الجواب المُرَدّد[1]، فهو مذهبٌ ضعيفٌ، فإنَّ حقَّ الجوابِ أنْ يكونَ جزماً، كما تكون الدعوى جازمةً، وليس كما لو قال: هذا غَصَبَ مني عيناً لي، قيمتُها درهمٌ، وأطلبُ (منه)[2] رَدَّها بعينها، إن كانت قائمة، أو تسليمَ [٣٠ / ب] قيمتها، إنْ كانت (هالكة)[3]، فإنّ هذه الدعوى مقبولةٌ كذلك، مع أن فيها نوع تَرَدّدٍ، لكنْ إنما قُبِلت كذلك، لأنّه صَرّح فيها بما هو حكمُ الغصبِ، بخلاف مسألةِ النزاع.

[تخيير المدعي بين التحليف والبينة]:

١٨٥ ـ ثمَّ مهما أجابَ المدعى عليه بالإنكار، يُخَيَّرُ المدعي بين إحلافه، وبين إقامةِ البينة، فإن أقام بينةً عادلةً عُمِلَ بمُوجبها.

ولوْ قال للقاضي: لي بينةٌ حاضرةٌ، ولكنْ لا أقيمُها، فَحلّفْه، فلهُ ذلك.

[نفي البيِّنة]:

١٨٦ ـ وإن قالَ: ليست لي بينةٌ، (لا حاضرةٌ)[4] ولا غائبةٌ، (فحلِّفْه)[5]، فَحَلّفَه القاضي، ثم أرادَ إقامةَ البينة (بعد ذلك، فهل تقبلُ)[6] بينتُه؟ فيه وجهان، أصحُّها عند الشيخِ أبي علي أنها لا تسمعُ[7].

---

(١) في نسخة ف: المردود.

(٢) اللفظ من نسخة ف، وفي الأصل لفظ غامض.

(٣) اللفظ من نسخة ف، وفي الأصل: هلكت.

(٤) العبارة من نسخة ف، وفي الأصل: ولا حاضرة، فالواو زائدة.

(٥) الكلمة من هامش الأصل.

(٦) العبارة من نسخة ف، وفي الأصل: هل له ذلك وتقبل.

(٧) العبارة في نسخة ف: الصحيح أنها تسمع، وهو ما رجحه المحققون في المذهب، خلافاً لترجيح الشيخ أبي علي، وقالوا: بسماع البينة بعد اليمين، وقالوا: إن اليمين تقطع الخصومة في الحال فقط، ولا تسقط الحق، فلو =

[الطعن في بينته أو تكذيبها] :

١٨٧ ـ ولو قالَ : كلُّ بينةٍ لي فهي بينةُ زورٍ ، أو كاذبةٌ ، هل تسمعُ بينته بعد ذلك ؟ فيه وجهان ، الأصحُ عند الشيخ أبي إسحاق أنَّها تسمعُ بكل حالٍ[١]، وهكذا لو قالَ المدعي ، بعد إقامة البينة : كذبَ شاهداي ، وشهدا بباطل ، سقطت بينته هذه ، وهل تَبطُل دعواه في الأصل ؟ فيه وجهان ، أظهرُهما عند الإمام لا تبطل .

[تحليف المدعى عليه] :

١٨٨ ـ وإن اختارَ تحليفَ المدعى عليه ، فله ذلك ، فإذا طلبَ من الحاكم إحلافه ، عرضَ الحاكمُ عليه اليمينَ ، وخوَّفه باللهِ تعالى من الإقدامِ عليها كاذباً ، فإن بَذَل اليمينَ ، أحلَفَه اليمينَ الشرعية ، وسيأتي ذكرُ كيفيتها وألفاظها في موضعه إن شاء الله تعالى[٢].

= حلفه ، ثم أقام بينة بمدعاه حكم به ، وقد نص على ذلك الشافعي رحمه الله في « الأم » ، وحكى القول الآخر عن بعض أصحابه ، فقال : وإن حلف المدعى عليه فبرئ ، أو لم يحلف فنكل المدعي فأبطلنا يمينه ثم جاء بشاهدين أخذنا له بحقه ، والبينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة ، وقد قيل : إن بعض أصحابنا لا يأخذ له بالشهود إذا حلف المدعى عليه ، ويقول : قد مضى الحكم بإبطال الحق عنه ، فلا آخذه بعد أن بطل ، ثم قال : فإن حلف برئ إلا أن يأتي ببينة ، (انظر : الأم : ٧ / ٣٤ ، ١٤٠ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٥٥ ، حاشية قليوبي وعميرة وشرح المحلي : ٤ / ٣٤١ ، حاشية الشرقاوي : ٢ / ٥٠٢ ، المهذب : ٢ / ٣٠٣ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٤ ، ٤٧٧ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٥٦) ، وانظر آراء الفقهاء والمذاهب مع الأدلة والمقارنة والمراجع في رسالتنا (وسائل الإثبات : ١ / ٣٦٤) ، وقد رجحت قول بعض السلف والإمامية في قول والظاهرية والناصرية من الزيدية واللقاني من المالكية وابن أبي ليلى وإسحاق وأبي عبيد ، وهو الذي رجحه وصححه الشيخ أبو علي ، بأن البينة لا تسمع بعد الحلف ، وأن اليمين تُسقط الدعوى والخصومة قضاء للحال والاستقبال ، وسوف يذكر ذلك المصنف فقرة ٢٠٥ .

(١) ذكر الشيخ أبو إسحاق الشيرازي ثلاثة وجوه ، ثم قال : والثالث أنها تسمع بكل حال وهو الصحيح ، لأنه يجوز أن يكون ما علم ، وإن علم ، فلعله نسي ، فرجع قوله : لا بينة لي ؛ إلى ما يعتقده ، (المهذب : ٢ / ٣٠٣) ، وانظر (وسائل الإثبات : ٢ / ٧٦٠) ، لبيان آراء المذاهب مع المقارنة والمراجع فيها ، والعبارة في نسخة ف : الصحيح أنها تسمع بكل حال عند الشيخ أبي إسحاق ، وهذه العبارة أكثر اتفاقاً مع نص « المهذب » من عبارة الأصل .

(٢) فقرة ٢١٥ من هذا الكتاب ، وانظر : الروضة : ١٢ / ٤٣ .

فلو حلفَ المدعى عليه قبلَ إحلافِ الحاكمِ له ، لم يُحتسب بها قولاً واحداً ، ولو قال له الحاكمُ : احلف بالله تعالى إنّ هذا المدعي لا يَستحقُّ عليك تسليمَ (ما ذكره)[1] ، ولا تسليمَ شيءٍ منه ، فحلفَ المدعى عليه ، لا بإحلاف الحاكم ، ولكن بإذنه ، هل يحتِسبُ بها ؟ فيه وجهان ، ولو حلّفه الحاكمُ قبل طلبِ المدعي منه اليمينَ ؟ المشهورُ أنها لا تحتسب[2].

وقال الشيخ أبو علي في « شرحه الكبير » : فيه وجهان ، الأصحُّ ، وهو اختيار ابن سُريج ، أنّه يُعتدُّ بها . ولا تُعاد ، لأنّه لمّا أنكرَ توجهت اليمينُ شرعاً ، فكانَ للحاكم تحليفُه .

ولو قالَ له الحاكمُ : قلْ : واللهِ ، فقالَ المدعى عليه : باللهِ أو بالعكسِ ، هل يُجعلُ ناكلاً ؟ فيه وجهان ، ذكرهُما الشيخ أبو علي[3].

[الامتناع عن اليمين] :

١٨٩ - ولو امتنعَ المدعى عليه عن اليمينِ ، لم يسأله الحاكمُ عن سببِ امتناعه[4] ، فلو ذكرَ بنفسه عُذْراً من نظرٍ في حسابٍ ، أو سؤالِ وكيله ، أو غير ذلك ، من الأعذار (السائغة)[5] ، وطلبَ الإمهالَ (في اليمين)[6] ، قال الإمام : لا يمهلُ أصلاً .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ما ذكر .

(٢) في نسخة ف : لا تحسب ، وقال القفال الشاشي : لا يتوقف التحليف على طلبه ، قال النووي : والصحيح الأول : (الروضة : ١٢ / ٤٣) .

(٣) سوف يكرر ذلك المصنف ، فقرة ٢٣٤ .

(٤) خلافاً للمدعي عند رد اليمين عليه ، فإذا امتنع عنها يسأل عن سبب نكوله ، والفرق بينها أن نكول المدعى عليه يترتب عليه حق للمدعي برد اليمين والقضاء له ، والسؤال قد يضيع هذا الحق فلم يجز ، أما نكول المدعي فلا يجب فيه حق لغيره عليه ، يسقط بالسؤال . (انظر : المهذب : ٢ / ٣٠٢) ، وسيذكر المؤلف ذلك فيما بعد ، فقرة ١٩٦ ، ١٩٧ .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : السابقة ، ويحتمل أن تكون : الشائعة .

(٦) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

وإذا ظهرَ[1] امتناعُه جُعل ناكلاً ، بخلافِ المدعي ، إذا طلبَ الإمهالَ في اليمين المَرْدُودة ، للنظرِ في الحساب ، أمْهلَ ثلاثاً .

وقال الماورديّ : يُمهل المدعى عليه ما قلَّ من الزمان ، ولا يمهلُ ثلاثاً[2] .

وقال البغويُّ : المدعى عليه لا يُمهلُ إلا برضا المدعي ، وقيل : يُمهل المدعى عليه ثلاثاً بخلافِ المدعي ، فإنَّه لا يُضيِّق عليه في اليمينِ المردودةِ ، إذا طلبَ الإمهالَ [٣١ / أ] للنظر في الحساب .

وقال الشيخُ أبو إسحاق : إذا امتنعَ المدعى عليه من اليمين لم يُسأل عن سبب امتناعه ، فإن بَدأ وقال : امتنعتُ لأنظرَ في الحسابِ أُمهل ثلاثاً[3]، لأنها قريبةٌ ، ولا يُمهلُ أكثرَ منها[4] .

[النكول حكماً] :

١٩٠ ـ أمّا إذا لمْ يَذكرْ سبباً لامتناعه ، ولا طلبَ الإمهالَ للنظرِ في الحساب ولا غيره ، وأصرَّ على امتناعه ، قال له الحاكم : إمّا أن تحلفَ ، وإلا جعلتك ناكلاً ، والمستحبُ أن يكرر (عليه)[5] ذلك ثلاثاً ، فإنْ حلفَ ، وإلا جعله ناكلاً ، بمعنى أن اليمين تصيرُ بعد النكول والقضاء به ، في جانب المدعي حقاً له ، حتى لو عادَ المدعى عليه بَذَل اليمين بعد القضاء عليه بنكولِه ، لم يحلف قولاً واحداً ، (لأنها)[6] صارت حقاً للمدعي .

---

(١) العبارة في نسخة ف : ولو أظهر .

(٢) الحاوي ، له : ١٢ ق ١٤٤ / أ ، أدب القاضي ، له : ٢ / ٣٥٣ .

(٣) العبارة في نسخة ف : ثلاثة أيام .

(٤) المهذب : ٢ : ٢ / ٣٠٢ .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إلا أنها .

[استحسان الإعلام بالنكول] :

١٩١ ـ ومما يُستحسن قبلَ القضاء على المدعى عليه بنكوله عن اليمين إعلامُ القاضي أنّه يَقضي عليه بنكوله كما ذكرناه ، إنْ تمادى على إصراره ، مُمتنعاً من اليمين ، فلوْ لمْ يُعلِمْه القاضي بذلك ، وامتنع ، ولكن كانَ المدعى عليه لا يعلم[1] أنَّ امتناعَه من اليمين مع القضاء بالنكول عليه ، يوجبُ ردَّ اليمين إلى جانب المدعي ، فهل من شرطِ القضاء عليه بنكوله إعلامُه بمُوجَبِه ، أم لا ؟ فيه احتمالٌ ذكره الإمام[2] .

[حصول النكول] :

١٩٢ ـ والنكولُ يحصل بعد امتناع المدعى عليه من اليمين وإصراره ، بقول القاضي : جعلتُك ناكِلاً ، أو قضيتُ عليك بالنكول .

ولو التفتَ إلى المدعي ، وأقبلَ عليه بوجهِ هامّاً بتحليفه يمين الرد ، هل هو بمنزلة القضاء بالنكول ؟ فيه وجهان[3] .

ولو قال له : قلْ : باللهِ ، أعني للمدعي ، فهو قضاءٌ بالنكول .

ولو قالَ : إحلفْ بالله ، أو إحلفْ ، فهو كالقضاء بالنكول عند الإمام ، وقال البغويُّ : قوله : إحلف ، كقوله : أتحلف ؟ فليس بنكولٍ ، قال الإمام هذا[4] .

---

(١) في نسخة ف : لا يدري .

(٢) انظر : الروضة : ١٢ / ٤٤ .

(٣) الراجح منها أنه حكم بالنكول ، قال قليوبي : وكذا إقبالُ القاضي على المدعي ليحلفه ، وإن لم يقل له : احلف ، نازلٌ منزلة الحكم بنكوله أيضاً . (حاشية قليوبي : ٤ / ٣٤٣) ، وهو ما رجحه النووي (انظر : الروضة : ١٢ / ٤٤) .

(٤) انظر : الروضة : ١٢ / ٤٥ .

هذا كله إذا لم يصرح المدعى عليه بالنكول ، أو (بالامتناع)[1] .

[التصريح بالنكول] :

١٩٢ / ٢ ـ أما إذا قالَ : نكلتُ عن اليمينِ ، أو أنا ناكلٌ ، أو لستُ أحلفُ ، فالذي أراه أنَّه لا حاجة ، والحالةُ هذه ، إلى قضاء القاضي بالنكول[2] ، بل هو بمثابةِ إقرارِ المدعى عليه (بالحقِ ، ولو جرى القضاءُ « بنكول »[3] المدعى عليه)[4] ، وصيرورة اليمين في جَنبة[5] المدعي ، فلو رضيَ المدعي بحلفِ المدعى عليه بعد ذلك ، وبذَلها المدعى عليه ، هل يحْلفُ ؟ فيه وجهان ، أظهرهُما أنه يحلف .

[رد اليمين على المدعي] :

١٩٣ ـ ولو طلبَ المدعي إحلافَ المدعى عليه ، حيثُ صحح دعواه عليه ، فردّ المدعى عليه اليمين على المدعي ، وطلبَ إحلافهَ من غير أن يجري امتناعٌ ولا قضاءٌ بنكولٍ ، صح ، وصارت اليمين في جنبةِ[6] المدعي أيضاً ، حقاً لازماً له ، كما إذا قُضي على المدعى عليه بالنكول ، فلو رامَ المدعى عليه (الحلفَ)[7] بعد ذلك لم يجز ، لأن مصيرَها في جنبةِ[8] المدعي ، حقٌ لازمٌ له ، فلا يجوزُ إبطالُها ، والله أعلم .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الامتناع .

(٢) وهو ما عليه المتأخرون ، قال الخطيب الشربيني : بخلاف ما لو صرح بالنكول يرد ، وإن لم يحكم القاضي ، (مغني المحتاج : ٤ / ٤٧٨) ؛ وانظر : الروضة : ١٢ / ٤٥ .

(٣) الكلمة من نسخة ف ، وفي الأصل وهامشه : كول ، وهو تصحيف .

(٤) ما بين القوسين من هامش الأصل .

(٥) (٦) في نسخة ف : جانب ، وجنبة المدعي بمعنى جانب ، (انظرِ : النظم المستعذب : ٢ / ٣٠٢ ، الروضة : ١٢ / ٤٥) .

(٧) جاء في هامش الأصل (لعله الحلف) ، وفي المتن : إحلافه ، وهو خطأ ، لأن المقصود أن يطلب المدعى عليه الحلف بنفسه ، وليس أن يطلب الحلف من المدعي .

(٨) في نسخة ف : جانب .

[حكم السكوت] :

القسم الثالث من[1] أجوبة المدعى عليه : السكوت : [٣١ / ب]

١٩٤ ـ فإذا ادعى المدعي على المدعى عليه[2] بحقٍ صحيحٍ ، دعوى صحيحةً محررةً ، وتعيَّن على المدعى عليه الجوابُ ، فسكتَ ، ولم يقرَّ ولم ينكرْ ، قال له الحاكم : أجب دعواه ، فإذا أصرّ على السكوت ، قال له الحاكمُ : إن لم تُجبْ ، وإلا جعلتُك ناكلاً ، وأُحلِّفُ المدعي على دعواه ، ويستحقُ عليك ، فإن أصرَّ على الامتناعِ والسكوتِ استُحِبَ أن يكررَ الحاكمُ ذلك عليه ثلاثاً ، فإن تكلمَ بجوابٍ ، وإلا حلَّفَ المدعي على استحقاق ما ادّعى به على المدعى عليه[3] .

فإذا حلفَ بإحلافِ الحاكمِ ثبت الحقُ على المدعى عليه ، فقد حصل أن السكوتَ قريبٌ من الإنكارِ من المدعى عليه ، فإنهما في الحكمِ المذكور سواءٌ .

هذا تمام الكلام في الفصل الأول في الدعوى ، وكيفيتها وشروطها[4] وجواب المدعى عليه وحكمه .



(١) في نسخة ف : في ، وهو خطأ .

(٢) العبارة في نسخة ف : فإذا ادُّعِيَ على المدعى عليه .

(٣) انظر الروضة : ١٢ / ٢٠ ، ٤٤ .

(٤) في نسخة ف : وشرطها .

الفصل الثاني

في

يمين المدعي[1]

١٩٥ ـ ومتى صارتِ اليمينُ في جنبته ، إما بنكولِ المدعى عليه بعد جوابه عن الدعوى بالإنكار ، (أو)[2] بسكوتِه ، أو بصريح ردّه اليمينَ على المدعي ، كما تقدم تفصيله في الفصلِ (الأولِ)[3] قبلَه ، فلا يخلو : إما أنْ (يَنْكلَ)[4] عن اليمين ، أو (يَحلفَ)[5] بإحلاف الحاكم .

[نكول المدعي عن اليمين] :

١٩٦ ـ فإنْ نكلَ عنها ، سأله الحاكمُ عن سببِ نكوله ، ولا يحكمُ بنكوله حتى يسأله عن سببه .

والفرقُ بينه وبين المدعى عليه ، حيث لم يسأله الحاكمُ عن سببِ نكوله ، أنَّ بنكول المدعى عليه وجبَ للمدعي حقٌ في ردِّ اليمين عليه ، فلم يجزْ للحاكم التعرضُ لإسقاطه ، بسؤال المدعى عليه ، وبنكولِ المدعي لا يجبُ لغيره حقٌ ،

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يمين المدعى عليه ، وهو تصحيف ، وفي الهامش : لعله المدعي .

(٢) كلمة « أو » من نسخة ف لبيان أنواع النكول ، وهي إما بالإنكار والامتناع عن اليمين ، وإما بالسكوت عن الدعوى ، وإما بالتصريح برد اليمين ، وقد يكون المعنى صحيحاً بدون إضافة أو ، ويكون المعنى : أن النكول يكون إما بالسكوت وإما بصريح رد اليمين ، وفي نسخة ف : أو سكوته ، وانظر : الروضة : ١٢ / ٤٤ وما بعدها .

(٣) اللفظ من هامش الأصل .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : نكل .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : حلف .

فجازَ سؤالُه عن سبب امتناعه[1] .

[طلب الإمهال] :

١٩٧ ـ فإنْ طلبَ الإمهالَ في اليمين ، لنظرٍ في حسابٍ ، أو غيره ، أو ليقيمَ بينة بذلك ، أُنْظِرَ ، ولا يضيّقُ عليه في المدة ، (ويترك)[2] ، ما تركَ[3] .

والفرقُ بينه وبين المدعى عليه ، حيث قلنا : إذا طلبَ الإمهالَ أُمهل ثلاثة أيام فقط ، أن بتأخيرِ يمينِ المدعى عليه يتأخرُ حقُ المُدعي من اليمينِ ، بخلافِ عكسه .

ولو قالَ : امتنعتُ من اليمين ، لأنّي ما اخترتُ الحَلِفَ ، حكمَ بنكوله ، حتى لو عادَ بذَلَ اليمينَ ، لم يَحلفْ في هذه الدعوى ، لأنه أسقط حقه منها ، فإنْ عاد في مجلس آخر ، واستأنف الدعوى ، وأنكرَ المدعى عليه ، ونكلَ عن اليمين ، أو سكتَ ، أو رَدَّها على المدعي ، وطلبَ يمينَه ، حلفَ حينئذ[4] .

[إقامة شاهد واحد] :

١٩٨ ـ ولو نكلَ المدعي عن يمينِ الردِ ، وأقامَ شاهداً واحداً ليَحْلفَ معه ، هل يجوزُ إحلافُه مع شاهدِهِ ، والحالةُ هذه ؟ فيه قولان ، قال الشيخُ أبو إسحاق (والبغويُّ)[5] : الأصحُ له ذلك ، ويحلفُ ، لأن هذه اليمينَ مع الشاهدِ غيرُ اليمين الأولى التي نكلَ عنها ، لاختلاف سببها ، لأن اليمينَ الأولى المردودةَ سببُها نكولُ المدعى عليه ، واليمينُ الثانيةُ سبَبُها شهادةُ الشاهدِ[6] .

---

(١) كما سبق ، فقرة ١٨٩ صفحة ٢١٨ ، وانظر : الروضة : ١٢ / ٤٦ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ترك .

(٣) عبارة الشيرازي : ويترك ما تارك ، (المهذب : ٢ / ٣٠٢) ، وانظر : الروضة : ١٢ / ٤٦ .

(٤) لأنها يمين في غير الدعوى التي حكم فيها بنكوله ، (انظر : المهذب : ٢ / ٣٠٢ ، الروضة : ١٢ / ٤٧) .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، والعبارة في الأصل : أبو إسحاق البغوي ، وسقطت الواو سهواً .

(٦) وهذا ما نص عليه المزني في (مختصره : ٥ / ٢٥٥) ، وانظر : المهذب : ٢ / ٣٠٢ ، الروضة : ١٢ / ٤٧ .

وذكر الشيخُ أبو علي هـذين القـولين ، وعلَّلهما [٣٢ / أ] بمـا ذكرنـاه ، ثم قـالَ : والأصلُ في هـذا أنَّ كلَ من ثبتت اليمينُ في جَنبتـه في خصومـةٍ ، فنكلَ عنها ، هل له أن يحلفَ يميناً أخرى في تلـك الخصومـة ؟ فيـه قولان ، قـال : وعلى هذا لو ادعى على غيره مـالاً ، وأقـامَ شـاهـداً واحـداً ، وأبى أنْ يحلفَ مع شاهده ، وطلبَ إحلاف المدعى عليـه ، فلم يَحْلف ، هل للمـدعي أن يَحلفَ ؟ فيه قولان[1] .

[حقيقة يمين الرد] :

١٩٩ ـ أمـا إذا حلفَ المـدعي يمينَ الرد ، وجبَ لـه الحـقُ ، واختلف قـول الشـافعيّ رضي الله عنـه في يمين المـدعي ، مع نكـولِ المـدعى عليـه ، هـل هي بمنزلةِ إقرار المدعى عليه ، أو بمنزلةِ بينة أقامها المدعي[2] ؟

فيـه قولان ، والصحيـحُ عنـد الجمـاعـة كلهم ، أنهـا بمنزلـة الإقرار[3] ، وإنْ جعلناه كالبينـةِ ، فـالصحيحُ أنَّهـا لا تجعلُ كالبينـةِ في حقِ ثـالثٍ ، بل في حقِ المدعى عليه ، وفيه وجهٌ أنَّها تعْملُ في حقِ ثالثٍ .

[الإقرار لغير المدعي] :

٢٠٠ ـ وبنى الأصحابُ على هذا الخلاف أحكاماً . من جملتهـا مـا لو ادعى خارجيٌ على داخليٍ عيناً في يده ، أنها ملكه ، فقال (الـداخلُ)[4] : ليست لي ولا لك ، بل هي لزيدٍ مثلاً ، وكان زيدٌ حاضراً ، فأحضَره الحـاكمُ فصـدّقـهُ في

(١) انظر الروضة : ١٢ / ٤٧ .

(٢) انظر الروضة : ١٢ / ٤٥ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٥٥ ، ويلاحظ في عبارة القاضي ابن أبي الدم أنهـا كثيراً مـا تتفق مع عبارة الشيرازي في « المهذب » مثل حكاية قول الشافعي في المتن .

(٣) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٧٨ ، حاشية الشرقـاوي : ٢ / ٥١٢ ، الإقنـاع وحـاشيـة البجيرمي عليـه : ٤ / ٣٣١ ، شرح التحرير : ٢ / ٤٧٥ ، المهذب : ٢ / ٣٠٢ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٤٢ ، نهـايـة المحتـاج : ٨ / ٣٥٨ ، وسائل الإثبات : ١ / ٤٠٦ ، الروضة : ١٢ / ٤٥ .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الداخلي .

الإقرارِ لـه ، سُلمت العينُ إلى زيـدِ الحـاضرِ ، وانتقلتِ الخصومـةُ إليـه[1] ، وهل للمدعي الخارج تحليفُ الداخل المقِرِ لزيد ؟ .

إنْ قلنـا : نغرّمـهُ لو أقرَ لـه ، لحيلولتـهِ[2] بـالإقرارِ لزيـدٍ ، حلَّفـه ، وإن قلنا : لا يغرمَ له ، لو أقرَّ له ، لم يُحلّفْه .

فإنْ قلنا : يُحلفه . فطلبَ يمينـه ، فنكلَ الـداخلُ المقِرُ عن اليمين ، رُدّتْ على الخارج المدعي ، فإذا حلفَ ، (فإن)[3] قلنا : إن يمينَ الردّ كالبينـة ، قـالَ بعضُ الأصحابِ تنزعُ العينُ من يَدِ زيـدِ المقَرِ لـه بهـا ، وتسلمُ إلى هـذا الخـارجِ الحالف ، لأن يمينه المردودةَ على هذا الفرضِ بمنزلةِ بينةٍ أقامَها بالملك له .

ولو أقامَ بينةً أنَّها مِلكه ، سلمت إليه ، فكذا في يمينِ الردِّ ، إذا فرّعْنـا على أنها كالبينةِ المقامةِ .

ومن أصحابنا من قال ـ وهو الصحيحُ ـ : إن العينَ لا تنزعُ من يـد زيـدِ الحاضرِ المقَرِ له بهـا ، بل يُقتصر على وجوبِ القيمـةِ للمـدعي الخـارج ، على المقِر الداخل المدعى عليه أولاً ، لأنَّ اليمينَ المردودةَ لا تجعْلُ كالبينة إلا في حقِ الرادِّ المدعى عليه ، ولا يتعداه إلى ثالث[4] .

قالَ الإمام : ثمّ فرّع بعضُ المتكلفين من أصحابنا على هذا الوجـه الضعيف شيئـاً يُوجِبُ بطـلانَـه ، فقـالَ : إذا استرددنـا العينَ من يـدِ الثـالث المقَرِ لـه ، وسلّمناها إلى المدعي الخارج بيمينـه المردودةِ ، تفريعـاً منـا على أنهـا بمنزلـة بينـة

---

(١) انظر : الروضة : ١٢ / ٢٤ .

(٢) اللفظ من نسخة ف : بحيلوله .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إن .

(٤) سيذكر المصنف هذه المسألة مرة ثانية في الفقرة ٣٠١ ، وفي نسخة ف : ولا يتعدى إلى غيره .

أقامها ، فهل لزيدِ هذا[1] ، المقَرِ له ، الذي أُخِذت العينُ من يده أنْ يُغرِّمَ الداخلَ المقِرَ أولاً ، الناكلَ عن يمينِ المدعي ، قيمةَ العين ، قائلاً له : لو حَلَفْتَ يميناً صادقة بارَّةً ما أخذَ هذا المدعي العينَ مني ، فصارَ نكولُك سبباً لإزالة يدي ؟ فيه وجهان أصحهُما لا يغرمه شيئاً ، لأنَّه يقولُ : لا يلزمني أن أحلفَ [٣٢ / ب] لك ، وعليَّ أنْ لا أقرَّ لغيرِك إذا علمتُك مستحقاً .

٢٠١ ـ هذا ما ذكره الإمامُ ، وعليه بحثٌ ، وهو أنّ لقائلٍ أنْ يقول : إذا كانَ هذا المقِرُ الداخلُ أولاً يَعلمُ استحقاقَ زيدِ المقَر له لهذه العين المقَرِ بها ، ويَعلمُ عدمَ استحقاقِ المدعي لها ، فلا [بدَّ][2] أنْ تجبَ عليه اليمينُ التي طلبها المدعي الظالمُ في زعمه واعتقادِه ، منعاً لهُ عن أخذِها ، أو أخذِ قيمتها ، التي لا يستحقُها ، وهي يمينٌ صادقةٌ لا ضَرَرَ عليه فيها ، مانعةٌ للغير من الظلم ، وأكلِ مالٍ بالباطل .

[الإقرار لأحد اثنين] :

٢٠٢ ـ ومن جملتها ما لو قالَ : هذا الثوبُ الذي في يدي لأحدِ هذين الرجلين ، طولِب بالتعيينِ ، فإذا عيّن واحداً تعيَّنَ ، وهل للثاني تحليفُه ؟ يبتني على أنّه لو أقرَ للثاني ، هل يَغْرمُ له قيمةَ الثوب[3] ؟ فيه قولان .

فإذا قلنا : يَغْرمُ ، فله تحليفهُ ، وإنْ قلنا : لا يَغرمُ ، فالمذهبُ القطعُ بأنه لا يحلف .

وأبْعدَ بعضُ الأصحاب ، فقال : إذا قُلنا : إن يمينَ الرد بمنزلةِ البينةِ ،

---

(١) في الأصل : لهذا زيد ، وهو تقديم وتأخير غير صحيح ، وكذا في نسخة ف .

(٢) في الأصل : بُعْد ، وكذا في نسخة ف ، ولعل المقصود : فلا يستبعد .

(٣) في نسخة ف : العين .

حلّفناه ، فإن نَكَل رَدَدْناها على الثاني ، فإذا حلفَ قضيْنا لـه بـالثوبِ[1] ، لأنَّ على هذا القولِ : يمينَ الرد بمنزلة البينةِ المُقامة .

قالَ الإمامُ : وهذا غلطٌ وزَلَل ، لأن يمينَ الردِّ كالبينـةِ[2] في حق النـاكل ، لا في حق ثالث .

ثم فرّع بعضُ الأصحابِ على هذا الوجهِ الغلـطِ فرعـاً بعيـداً ، فقـال : إذا أخـذنـا الثـوبَ من (المقِر)[3] أولاً ، وسلمْنـاه إلى منْ حَلف يمين الردِّ ، فهـلْ يُغرمُـه النـاكلُ الأول من جهـة تسببـه بنكولـه إلى أخـذ الثـوب[4] منـه ؟ فيـه طريقان ، وكل هذا خبـطٌ[5] عظيمٌ ، ومجـاوزة حـدِ ، وسببـه تفريع على وجـه بعيد .

[اليمين بين الشريكين] :

٢٠٣ ـ ومن جملتها ما لوْ كانَ بين اثنين عقـدُ شَرِكـة في مـالٍ ، ومن جملـة المالِ عبدٌ بينهما ، فبـاعَ أحـدُهمـا جميعَ العبـدِ بـإذن شريكـه بـألفٍ ، وتصـادَقَ الشريـكُ المُوَكِّلُ والمشتري[6] أنَّ البـائـعَ قبضَ جميـعَ الألفِ من المشتري ، وأنكرَ الوكيلُ القبضَ ، فإذا اختصمَ المُوَكِّلُ والبائعُ ، فالقولُ قولُ البائعِ مع يمينـه ، في عـدمِ القبضِ ، فلوْ نَكلَ البـائعُ عن اليمين ، وحَلفَ المُوَكِّل استحقَ نصيبـه وهـو خمسُ مـائـة ، على الوكيلِ ، ثم الـوكيـلُ : هـل يُطـالِبُ المشتريَ بخمسِ مـائـة أخرى ، هي حصةُ نفسهِ ؟ المـذهبُ نعم ، ولا يَسْقـطُ ذلـك بنكولـه عن اليمين وحَلْفِ الموكِل .

---

(١) في نسخة ف : بالعين .

(٢) العبارة في نسخة ف : بمنزلة البينة .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : المعين .

(٤) في نسخة ف : العين .

(٥) في نسخة ف : خطأ . وانظر : فقرة ٣٠١ .

(٦) العبارة في نسخة ف : وتصادقا الشريك والموكِل والمشتري .

وفيه وجهٌ ، أنّا إذا قلنا : إنّ يمينَ الردِّ كالبينة سقطتْ مطالبتُه بحصته ، وتصيرُ يمينُ الموكِل المردودةِ كبينةٍ أقامها على قبضِ الوكيل البائع جميعَ الثمن من المشتري ، تفريعاً على أنَّ يمينَ الردِّ كالبينة .

[الإذن لوليين بالتزويج] :

٢٠٤ ـ ومن جملتها : ما إذا أَذِنَتِ المرأةُ لوليَّيْن متساويَيْن في تزويجها ، (وأذنت)[1] لكلِ واحدٍ منهما أنْ يُزَوِّجَها مطلقا ، ولم تعينْ زوجاً ، وصححْنا هذا الإذنَ ، فزوَّجَها كلُ وليّ من زوجٍ ، فإذا ادّعى كلُ واحدٍ منهما على المرأةِ [٣٣ / أ] أنّه هو السابقُ في صورةِ الجهل بالسبق ، فإنْ أقرتْ لأحدِهما سَلِمَتْ إليه ، وهل تَحْلفُ للآخر ؟

إن قُلْنا : تَغْرَمُ له ، حَلفت ، وإلا فلا ، فإنْ قُلنا : تغرمُ وحَلَفْتَ ، فإن حلفَتْ سقطتْ (دعوى)[2] الثاني ، وإنْ نَكَلَتْ رُدّت اليمينُ على الثاني ، فإنْ حلفَ حصلَ مع الأول إقرارٌ ، ومع الثاني ، اليمينُ المردودةُ .

فإنْ قُلنا : إنّها كالبينةِ حُكِمَ بالنكاحِ الثاني ، لأنَّ البينةَ مقدَّمةٌ على الإقرارِ ، وإنْ قُلنا : إنها بمنزلةِ الإقرارِ ، وهو الصحيحُ ، ففيه وجهان : أحدُهما : يُحكَمُ ببطلان النِكاحين ، لأنَّ مع الأول (إقراراً)[3] ، ومع الثاني ، ما يقومُ مَقامَ الإقرار ، فاستويا ، والثاني : أنه يُحكَمُ بالنكاحِ للأولِ ، لأنَّه سبقَ الإقرارُ له ، فلا يَبْطلُ بإقرارٍ بعده .

[البينة بعد يمين الرد] :

٢٠٥ ـ ومن جملتها : إذَا نكلَ المدَّعى عليه عنِ اليمين بعدَ عرضِها عليه ،

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أذنت .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الدعوى .

(٣) في نسخة الأصل : إقرار ، وهو خطأ ، لأنها اسم إن ، وفي نسخة ف : الإقرار .

وحَلفَ المدعي ، فأرادَ المدعى عليه بعدَ ذلك أنْ يُقيمَ شاهدين على أنّ الضيْعة[1] المدعى بها ملكهُ .

قال القاضي حسينُ في « التعليق » : يبتني[2] على أنَّ يمينَ الرد كالبينةِ أو كالإقرار ، إن قُلنا : كالبينةِ فله ذلك ، وإنْ قُلنا : كالإقرار فلا ، كما لو أقرَّ ثمَّ أراد إقامة البينة .

وحكى البغويُّ هذه المسألةَ في « فتاوى القاضي حسين » ، فقال : تَفكَّرَ القاضي في هذه المسألة أياماً ، ثم قالَ : إنْ قُلنا : إنَّ يمينَ الردِ كالبينة سُمعت ، وإنْ قُلنا : كالإقرار لم تُسمع ، قال البغويُّ : والذي عندي . أنها تُسمع ، وإنْ قلنا : إنَّ يمينَ الردِ كالإقرار ، لأنَّه ليسَ بصريحِ إقرارٍ ، إنما هو مجردُ نكولٍ ، فلا يَجوزُ أنْ يُجعل إقراراً بيمين المدعي ، واختار البغويُّ هذا المذهبَ في « التهذيب »[3] .

٢٠٦ ـ **وأنا أقول** : ما ذكرَه البغوي ، مختاراً لنفسه ، بعيدٌ ، والذي ذكره شيخُه القاضي أصحُ ، بيانُه أنَّ يمينَ الردِ ما ذهبَ أحدٌ إلى أنها صريحُ إقرارٍ من المدعى عليه ، وإنّما جُعلت على الأصحِ بمنزلةِ إقرارِ المدعى عليه ، بمعنى (أنَّ)[4] حكمَها حكمُ الإقرارِمنه ، ومن حكمِ إقرارِه الصريحِ أنه لا يُسمعُ منه إقامةُ بينةٍ على نقيضِه ، فإنْ قالَ : المُشَبَّهُ بالشيء أضعفُ من ذلك (الشيء)[5]، فهو كالإقرارِ في بعض الأحكام دونَ بعضٍ ، قُلنا : لا نُسَلِّم أولاً أنَّها كالإقرارِ في بعضِ الأحكام ، بل في جميعِها ، وإنْ سَلَّمْنا ذلك ، ولكن لِمَ

---

(١) في نسخة ف : الصيغة .

(٢) في نسخة ف : ينبني .

(٣) انظر فقرة ١٨٦ هامش ٧ .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لأن .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بالشيء .

قالَ : إنهما افترقا في هذا الحكمِ المعين ، وهو سماعُ البينةِ منه بعد تقدُّمِها ؟

٢٠٧ ـ وإنما يُردُ على القاضي في هذه المسألة ، أنَّ مِنْ مذهبه الذي سنذكره عنه في موضعه ، وخالفَ فيه الشافعيَّ وجميعَ الأصحابِ ، واختارَه مذهباً لنفسه ، (أن)[١] منْ أَقَرَّ بعينٍ لزيدٍ ، وسلَّمها إليه ، وتصرَّفَ فيها مدةً ، ثم ادعى المقِر على المقَر له أنَّ العينَ المقَر بها ملكه مطلقاً ، [٣٣ / ب] ولم يُضِفْ الملِكَ إلى سببٍ نقلَها من هذا[٢] المقَرِ له ، قال : تسمع دَعْواه وبينتُه بالملكِ المطلقِ[٣].

والمذهبُ ضدُّ هذا ، وأنَّ دعواه وبينتَه بالملكِ المطلقِ لا تُسمعُ ، ما لم يضف الملكَ له إلى سبب حصلَ من هذا المقَرِ له ، نقل الملك إليه ، بعد إقراره الأول له ، من بيعٍ أو هبةٍ أو إقرارٍ يُظهرُ بهِ الناقلَ المبهم .

إذا عُرِفَ أنَّ مذهبَ القاضي أن الإقرارَ السابقَ لا يُناقضُ البينةَ الشاهدةَ للمقرِ بنقيض إقرارِه ، فينبغي على مَساق مَذْهبه وقياسِه أنَّ بينتَه تُسمعُ ، أعني بينةَ المدعى عليه بعد نكوله عن اليمين ، وبعدَ حلفِ المدعي ، سواء قلنا : إنها كالبينةِ أو كالإقرارِ[٤] ، لأنه إذا سمع بينة المقِرِ بعد سبق إقراره الصريح ، فأولى أن (يَسْمع)[٥] بينته إذا نكل ، ونزَّلنا نكوله ويمينَ المدعي منزلةَ الإقرارِ .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وإن .

(٢) في نسخة ف : يَدِ .

(٣) انظر فقرة ٣١١ .

(٤) وهو خلاف ما عليه المحققون في المذهب الشافعي ، قال النووي : فلو أقام المدعى عليه بعدها بينة بأداء أو إبراء لم تسمع ، (انظر : نهاية المحتاج : ٨ / ٣٥٩ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٧٨ ، حاشية قليوبي : ٤ / ٣٤٢) ، وقال المحلي في « شرحه على المنهاج » : لم تسمع على الثاني (أي القول الثاني ، وهو أن اليمين بعد النكول كالإقرار) ، وتسمع على الأول (وهو القول بأنها كالبينة) ، (شرح المحلي : ٤ / ٣٤٢) ، وقال عميرة : قد خالف الشيخان ذلك في موضع آخر ، وقالا : بالسماع لأنه إقرار تقديري ، وصوّبه الزركشي ، (حاشية عميرة : ٤ / ٣٤٢) .

(٥) في نسخة ف : تسمع .

الفصل الثالث
في
[تعذر رد اليمين]

المسائل التي يتعذر فيها ردُ اليمين على المدعِي بعد نكولِ المدعى عليه عنها ، وهي ست[1] :

المسألة الأولى - [طلب الزكاة] :

٢٠٨ - إذا طلبَ الساعي الزكاةَ من ربِ المال ، فقالَ : قد أَدَيْتُها ، أو قال : لم يَحلَّ الحولَ بعدُ[2] ، أو قال : بعتُها في أثناء الحول ، ثم اشتريتها ، أو قال : هي في يدي لذمّي أو مكاتَبٍ ، فإنْ اتهمه الساعي : أُحلِفَ ، واليمين مُستَحَبَّةٌ أو مُستحِقة ؟ فيه وجهان ، فإنْ قلنا : إنها مُستحبة ، فإن حلفَ خُلي ، وإنْ نَكَلَ خُلي أيضاً ، وإن قلنا : باستحقاقها : فإن حلفَ ترك ، وإن نكلَ :

قال الشيخ أبو علي : إنْ كانت القريةُ صغيرةً ، وفقراؤها متعيّنون[3] ، وقلنا : لا يجوز نقلُ الزكاة ، فتردُّ اليمين عليهم ، وإن كانتْ بلدة[4] كبيرةً

---

(١) في نسخة ف : خمس ، وهو خطأ .

(٢) الحول : العام ، من حال الشيء وأحال وأحول إذا أتى عليه حول ، وحولانُ الحول على وجود المال وتملكه عند المسلم شرط لأداء الزكاة ، وهو شرط موجب ، أي لا تجب الزكاة في ذمة المسلم ، ولو ملك نصاباً ، إلا بعد مرور سنة على ملكه .

(٣) في نسخة ف : معينون .

(٤) في نسخة ف : بلداً .

يكثرُ المستحقون فيها ، ففيه أربعةُ أوجه :

أحدُها : لا شيءَ عليه ، لأنَّه لو حكمنا عليه بالزكاةِ كان قضاءً بالنكول المجردِ ، ولا سبيلَ إليه عندنا ، وليسَ ههنا من يحلفُ يمينَ الرد .

والثاني : أنه يُؤخذ منه الزكاةُ ، وليس هذا قضاءً بالنكول ، بل أخذتْ منه بإقرارِه السابقِ ، لأنَ الظاهرَ أن (الغنَمَ)[1] له ، ولم يَبِعْها ، فهو مقرٌ في الحقيقةِ بالزكاة ، مدعٍ سقوطَها .

والثالث : وهو الأعدلُ الأصحُ ، أنه إنْ أقرَ بوجوبها ، ثم ادّعى ما يُسقطها لم تُقْبل دعواه ، وتؤخذ منه ، وإن لم يقر بسببِ الوجوب ، لم تُؤخذْ منه .

والرابع : أنه يُحبسُ حتى يَقرَ أو يَحلف[2] .

وذكر الإمامُ هذه الأوجهَ ، وضعَّفَ الحبسَ ، واختار (الشيخ)[3] أبو إسحاق الحبسَ في مسألة سنذكرها عقيب هذه المسألة .

المسألة الثانية ـ [موت المدعي ، ولا وارث له] :

٢٠٩ ـ إذا ادّعى رجلٌ على رجل دَيْناً ، وأنْكرَ المدعى عليه ، فماتَ المدعي ، ولم يُخَلّفْ وارثاً غيرَ المسلمين ، قال الشيخ أبو إسحاق : فيه وجهان :

أحدهما : يُقضى عليه بالنكول للضرورة .

والثاني ، وهو المذهبُ : [٣٤ / أ] أنه لا يُقضى عليه بالنكول ، بل

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : المقيم .

(٢) انظر : الروضة : ١٢ / ٤٧ ـ ٤٨ .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

يُحْبسُ[1] حتى يحلف أو يقر[2].

وذكر الشيخ أبو علي هذه المسألة ، وذكر فيها هذين الوجهين ، ثم قال :ويجيءُ فيها الوجهُ الثالثُ الأظهرُ ، وهو أنه لا شيءَ عليه أصلاً ، لأنه ليس ههنا دلالةٌ ظاهرةٌ على ثبوتِ المال عليه[3].

وذكر الإمامُ هذه المسألة والوجهين [فيها][4] ، وأشار إلى إمكان تخريج الوجه الثالث ، وذكرَ أنَّ شيخه أبا محمد كان يقول : يُخَلّيه[5]، ولا يقْضي عليه ، قال الإمام : ولا حاصل لهذا .

المسألة الثالثة ـ [طلب الجزية] :

٢١٠ ـ إذا غابَ ذمِيٌّ في بعض السَّنةِ ، ثمَّ عادَ مُسلماً بعدَ تمامِ الحولِ ، فطُولب بالجزية ، فقال : أَسلمتُ قبلَ الحولِ ، فتسْقُطُ .

وهذه المسألة مُفرَّعةٌ على سقوط الجزيةِ بالإسلام في أثناء الحول ، على أحد القولين ، ففيه ثلاثة أوجهٍ :

أحدُها : لا يُؤخذ منه شيءٌ أصلاً .

والثاني : وهو الأظهرُ ، أنها تُؤخذُ منه ، وليس هذا قضاءً بالنكولِ ، بل الأصلُ اشتغالُ ذمتِه بها ، ما لم يظْهرْ إسلامُه .

والثالث : أنه يُحبس حتى يُقرَ أو يحلفَ[6].

---

(١) في نسخة ف : بالحبس .

(٢) المهذب : للشيرازي : ٢ / ٣٠٢ ـ ٣٠٣ ، وانظر : ~~الروضة : ١٢ / ٤٩~~ .

(٣) انظر : الروضة : ١٢ / ٤٩ .

(٤) اللفظ من عندي ، وفي نسخة ف والأصل : فيه .

(٥) العبارة في نسخة ف : ما يقول بحبسه .

(٦) انظر : الروضة : ١٢ / ٤٨ .

المسألة الرابعة ـ [دعوى الأسير الإنبات بالدواء] :

٢١١ ـ اذا أسرْنا طائفةً من أهل الحربِ ، فوجدنا منهم من قالَ : لستُ ببالغٍ ، كشفنا عن مؤتزره[١] ، فإن وجدناه أنْبتَ قتلناه ، فلو قال : داويتُ واستعجلتُ ، فإنْ جعلنا الإنباتَ عَينَ[٢] البلوغِ قتلناه ، وإن جعلناه دلالةً على البلوغِ ، حَلَّفْناه على دعوى المعالجة ، فإن حلف لن نقتلْه ، وإنْ أبى نص الشافعيُّ : أنه يُقتل ، وهذا قضاءٌ بالنكول .

هذا قولُ[٣] الإمام ، ثم قال : وفي هذا النص وَقفاتٌ ، منها : أنه قد ادَّعى الصِبا ، وتحليفُ من يدعيه متناقض[٤] ، لكنْ قال الشيخُ أبو علي : عَوَّلْنا في تحليفه على ظاهرِ الإنبات ، مع أَنَّهُ مشكل مع هذا .

وفيه وجهٌ أنه يُحبس حتى يُتحققَ بلوغُهُ فيُقتل ، أو يُتحقق صِباه فلا يُقتل ، وهو[٥] مشكلٌ أيضاً ، فيحتمل أن يقال : لا يقتل بل يُدام عليه الحبسُ إلى أنْ يحلفَ ، أو يقر بأنه لم يستعجل ، فيُقتل ، هذا ما ذكره الإمام .

وقال الشيخ أبو علي في « شرحه » : إذا قال استعجلتُ ، ونَكَلَ عن اليمين ، فيه وجهان ، أحدُهما : لا يُقتلُ حتى يُتحقق بلوغه ، والثاني ، وهو المنصوص : أنّه يُقتل ، وليس هو قضاءً بالنكول ، بل (الظاهر أن)[٦] الإنبات

---

(١) المؤتزر : ما يغطى ويستر بالإزار ، وهو الملحفة والستر الذي يغطي أوسط الجسم ، وهو كناية عن العانة ، والأزْر الظهر .

(٢) في نسخة ف : عن .

(٣) في نسخة ف : إلى .

(٤) في نسخة ف : مناقض .

(٥) في نسخة ف : وهذا .

(٦) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وساقطة من الأصل .

حصلَ بنفسهِ ، مِنْ غيرِ علاج ، فدعواه العلاجَ (خلافُ)[1] الظاهرِ فيقتل .

المسألة الخامسة - [الصبي وسهم المقاتلة] :

٢١٢ - لو طلب صبيٌ من صبيان المرتزِقة سهماً من سهم المقاتلة ، وذكر أنّه احتلَم ، فالقولُ قولُه ، فيَحلفُ ويأخذُ ، فإنْ[2] نَكَلَ حُكِمَ عليه بالنكول ، ولم يُعطَ السهمَ ، قاله صاحب « التلخيص »[3] .

وقال الشيخ أبو زيدٍ[4] وغيرُه : [٣٤ / ب] إذا احتملَ دعواهُ الاحتلامُ ، قُبِلَ قولهُ من غيرِ يمين ، وأعطي سهمَ المقاتلَةِ ، ومن الأصحابِ منْ وافقَ صاحبَ « التلخيص » ، وقال : لا يُقبل قولهُ من غيرِ يمينٍ .

فعلى هذا إنْ حلفَ أخذَ ، وإنْ نكلَ فيه وجهان ، أحدهُما : يُعطى السهمُ ، والثاني : لا يُعطى[5] .

المسألة السادسة - [بيع مال الطفل] :

٢١٣ - الولي إذا باعَ مالَ الطفلِ في موضعٍ ، يجوزُ له بيعهُ ، ثم وقعَ نزاعٌ بينه وبين المشتري في قَدْر الثمنِ ، أو صفتِه أو أجَلِه ، هل يتحالفان ؟ فيه

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : غير .

(٢) اللفظ في نسخة ف : وإن .

(٣) هو أبو العباس ، أحمد بن أبي أحمد ، المعروف بابن القاص الطبري الفقيه الشافعي ، وقد تقدمت ترجمته في صفحة ٢٠٧ ، وانظر : الروضة : ١٢ / ٤٩ .

(٤) ابو زيد ، محمد بن أحمد بن عبد الله بن محمد الفاشاني المروزي الشيخ الجليل ، أجمع الناس على زهده وورعه وكثرة علمه وجلالته في العلم والدين ، ومن أحفظ الناس لمذهب الشافعي ، كان فقيراً في صغره ، حسن المنظر ، فأقبلت عليه الدنيا ، وجاور بمكة وحدث فيها بصحيح البخاري ، ولد سنة ٣٠١ هـ ، وتوفي سنة ٣٧١ هـ بمرو . (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٣ / ٧١ ، طبقات الفقهاء : ١١٥ ، وفيات الأعيان : ٣ / ٣٤٥ ، العقد الثمين : ١ / ٢٩٧ ، النجوم الزاهرة : ٤ / ١٤١ ، البداية والنهاية : ١١ / ٢٩٩ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٣٤ .

(٥) انظر : الروضة : ١٢ / ٤٩ .

وجهان ، فإن قُلنا : لا يتحالفان ، فلا كلامَ ، وإنْ قَلنا : يتحالفـان ، فسببـهُ أنه أمرٌ يتعلقُ بإنشاء الولي ، وإقرارُه مقبول فيه .

[رد اليمين على الولي] :

٢١٤ ـ فلو ادَّعى الوليُ على إنسانٍ حقاً ، لا يتعلقُ بإنشائـه ، كإتلافِ شيءٍ من مـالِ الصبي ، فـأنكرَ المـدعى عليـه ، فطَلَبَ[١] يمينَـه ، فنكلَ ، هل يَحْلِفُ الولي ؟

المذهبُ أنّه لا يَحْلفُ ، ولا يُقضَى على المدعى عليـه بـالنكولِ ، بل يُؤَخَّرُ الأمرُ إلى بلوغِ الصبي ليحلف[٢] أو يَنْكُلَ .

وقال بعضُ أصحابنا تفريعاً على هذا المذهب : إذا كان الوليُ لا يَحلِف لو نكلَ المدعى عليـه ، فـلا معنى لعرضِ اليمينِ على المُـدعى عليـه الآنَ ، لأنّـه لا يَعجَزُ[٣] عن النكول ، بل يُؤخر عرضُ اليمين بالكليةِ إلى بلوغ الصبي .

والأصـحُ أنَّ للـوليِّ عرضَ اليمين على المـدعى عليـه ، (وإنْ)[٤] قلنـا : لا يحلف الوليُ لو نَكل المدعى عليه ، وفـائـدةُ عرضهـا عليـه ، (إن جـاز)[٥] ، رجاءُ إقراره خوفاً من اليمين .

وذهبَ بعضُ أصحابنا إلى أنَّ اليمينَ تَردُّ على الولي ، إذا نكلَ المـدعى عليـه بالإتلاف ، فيحلفُ الوليُّ ويأخذُ الصبي .

---

(١) اللفظ في نسخة ف : وطلب ، أي طلب الولي يمين المدعى عليه .

(٢) في نسخة ف : فيحلف .

(٣) العبارة في نسخة ف : لئلا يعجز .

(٤) في الأصل : فإن ، وجاء في الهامش : لعله : وإن . وهو الأصح ، وفي نسخة ف : وإن .

(٥) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

وهذا الوجهُ بعيدٌ ، لكنَّا نذكرُ هذه الوجوهَ لغرابتها وحُسْنِها ، وليُعلَم أنَّ المسألةَ من المجتهداتِ ، فهذا ما ذكره الإمامُ في مواضع ، من جملتها الاختلافُ بين الزوجين في الصَداق ، فيلزمُ على مساق هذا الوجه أنَّ الوليَ لو أقامَ شاهداً واحداً بحق مالي للصبي أنّهَ يَحلفُ مع الشاهدِ ، ولكنْ لا صائرَ إليه فيما أعلمُه ،وسببه أن يمينَ الرد بمنزلةِ إقرارِ المدعى عليه (على أحدِ القولين)[1]، فكأنّه[2] لمّا نكل وردَّ اليمينَ ، أقرَّ بالحقّ ، فظهرَ ، فقوِيَ جانبُ الولي فيحلفُ ، بخلافِ اليمينِ مع الشاهدِ ، وفيه احتمالٌ مع ذلك ، والعلمُ عند الله تعالى .

☆ ☆ ☆

---

(١) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) في نسخة ف : فكأن .

الفصل الرابع

[صيغ اليمين]

في قــاعــدةِ اليمين على البَتِ وعلى النفي ، والتحــالفِ بين المتبــايعين والمتنازعين في دارٍ هي في يـديهما ، وحكمِ تحـالف المتبـايعين ، وفي كيفيـةِ اليمين وألفاظِها وتغليظها .

النظر الأول

في

قاعدةِ يمين النفي والبت

٢١٥ ـ وكلٌّ منْ حلفَ على فعـلِ نفسِــه حلفَ على البتِ نفيــاً كان أو إثباتاً ، ومن يَنْفي فعلَ الغيرِ فاليمين على نفي العلم[١] .

مثــال الأول : ظــاهرٌ ، أمــا في طرفِ [٣٥ / أ] الإثبــات فيحلفُ على الاستحقـاق مثلاً ، أو على نفيـه بتـاً في الطرفين ، فيقـول : واللهِ ، لقـد بعتـكَ داري ، أو لقد اشتريتُ دارَك ، واللهِ لقد أقرضتُك ألفـاً ، أو لقـد اقترضتَ مني ألفـاً ، [أو لقـد][٢] بـاعـكَ أبي دارَه ، أو لقـد اشتريتَ من أبي دارَه[٣]، (أو لقد)[٤] أقرضَك أبي درهماً ، أو لقد اقترضتَ من أبي درهماً ، هذا في الإثبات .

(١) انظر : الروضة : ١٢ / ٣٤ وما بعدها .

(٢) اللفظ من عندي ، وفي الأصل : لقد ، وفي نسخة ف : ولقد .

(٣) العبارة في نسخة ف : أو لقد اشترى أبي دارك .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الإصل : لقد .

ويقول في النفي : واللهِ ، مالك عليّ هذه الألفَ ، ولا شيءٌ منها ، بوجهٍ ولا سببٍ ، وقولهُ : ولا شيءٌ منها واجبٌ[1] ، وقولهُ : بوجهٍ ولا سببٍ ، مستَحَبٌّ ، فإن تركه جازَ ، ولو قالَ : واللهِ ، لا يَستحِقُّ عليَّ شيئاً ، كفى وأجزى[2] ، ولا تَلزَمُه الزيادةُ عليه .

[مسائل في الحلف على نفي فعل الغير] :

٢١٦ ـ ومثال الثاني : أنْ يدعيَ مدَّعٍ على أبيه مالاً ، فيحلفُ الوارثُ باللهِ ، لا يعلمُ ذلك على أبيه .

وفي ذلك مسائلُ متفقٌ عليها ، ومختلفٌ فيها ، نسردُها[3] مسألةً مسألةً ، ليسهلَ تناولُها إن شاء الله تعالى .

المسألة الأولى ـ [الحلف على جناية عبده] :

٢١٧ ـ إذا ادّعى مدعٍ على عبدِ الغير جنايةً ، وأفضى الحالُ إلى يمين السيد ، ففيه وجهان : أحدُهما : يحلفُ على نفي العلم ، لأنّه يَنْفي بيمينه جنايةَ عبده ، وهذا غيبٌ لا يَطلع عليه[4] ، فصارَ كنفي فعل الغير .

والثاني : أنّه يحلفُ على البت ، لأنَّ فعلَ عبده بمثابةِ فعله ، ويَغلبُ (على الظن)[5] اطلاعُه على أفعال عبده[6] .

وبنى الأصحابُ هذا الخلافَ على أنَّ الأرْشَ يتعلقُ بذمةِ العبد أو برقبته ،

---

(١) في الأصل زيادة : قوله ، وهي غير موجودة في نسخة ف .

(٢) لفظ : أجزى ، ساقط من نسخة ف .

(٣) في نسخة ف : نوردها .

(٤) في نسخة ف : ولا عيب يطلع عليه .

(٥) العبارة بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقطة من الأصل .

(٦) انظر : الروضة : ١٢ / ٣٥ .

فإنْ قلنا : يتعلقُ بذمتهِ فهو المستقلُ بالالتزامِ ، والرقبةُ مرتهنةٌ ، فيحلفُ السيدُ ، والحالةُ هذه ، على نفي العلم ، وإن قلنا : إنَّ الأرشَ يتعلقُ برقبتِه ، فالعبدُ على هذا ، ويدُه كيدِ السيد ، فيحلفُ السيدُ على البت .

[الحلف على إتلاف بهيمته] :

٢١٨ ـ ولو اتلفت بهيمةٌ[١] زرعَ إنسانٍ أو مالَه ، على وجه يقتضي وجوبَ الضمانِ على مالكِها ، فإذا آل[٢] الأمر إلى اليمين ، فيحلف على البتِّ قطعاً ، إذ لا ذمةَ للبهيمة بحالِ الأرْش عليها ، بخلاف العبد[٣] .

المسألة الثانية ـ [الدعوى بدين على الأب] :

٢١٩ ـ قال القاضي (حسين و)[٤] أبو الطيب الطبري : إذا ادّعى رجلٌ على رجل أنَّ له على أبيه مالاً ، فصحةُ دعواه موقوفةٌ[٥] على ثلاثةِ شروط : دعوى موت الأب ، وتعيينِ الدينِ ووصفِه ، ودعوى أنَّه خلّفَ تركةً ، فيها وفاءُ الدين[٦] .

فإذا حررَ دعواه بهذه الشرائط ، وطلبَ يمينَ الابن المدعى عليه بعدَ إنكاره ، فالقولُ قولهُ مع يمينه ، لأنَّ الأصلَ أنَّ أباه لم يَمُتْ ، وأنّه لم يُخلف تركةً ، وأنها تقْصرُ عن الدين .

[الحلف على موت الأب] :

٢٢٠ ـ فإذا أرادَ أن يحلفَ أنَّ أباه ما مات ، قال القاضي أبو الطيب :

---

(١) في نسخة ف : بهيته .
(٢) في نسخة ف : فأدى .
(٣) انظر : الروضة : ١٢ / ٣٥ .
(٤) العبارة زيادة من نسخة ف .
(٥) في نسخة ف : متوقفة .
(٦) انظر : الروضة : ١٢ / ٣٥ .

الذي يجيءُ على مذهب أصحابنـا : أنـه يحلفُ على نفيِ العلم ، لأنّـهُ نفيٌ لفعل غيره ، فيحلفُ بالله ، (إنه)[1] لا يعلمُ موت أبيه .

وقال أبو العباس (ابنُ)[2] القاص : يحلفُ بالله ، إنَّ أباه ما مـات [٣٥ / ب] على البتِّ والقطع ، قالَ : ولم يَـذْكر (لـه)[3] تعليلاً ، وتعليلُـه ظـاهرٌ ، وهو أنه يمكنه الإحاطة به ، لأنه قد يكونُ عنده في داره ، فيعلمُ موتَه يقينـاً ، قال : والمذهب أنّه يحلفُ على نفي العلم[4].

[الحلف على التركة] :

٢٢١ ـ قـال : ولـو حَلَفَ على التركـةِ ، قـال ابنُ القـاص : يحلفُ بـالله ، ما وصلَ إليه من تَرِكَة أبيه ما فيه وفاءٌ لحقـه ، ولا شيءٌ منـه ، ولا يحلفُ إنـه ما خلّفَ أبوه شيئاً ، لأنـه ، وإن خلّفَ شيئـاً ، ولم يحصلْ في يـده منـه شيءٌ ، لا يلزمُه القضاءُ ، وإنما يلزمُه قضاءُ دينِ أبيه إذا وصلَ إليـه شيء من تركتـه ، هذا ما ذكره القاضي أبو الطيب .

وقـال الهروي : إذا ادّعى على وارثِ ميتٍ دينـاً على الميت ، فـأنكرَ الوارثُ[5] موتَ الأبِ ، حلفَ على البت عندنـا ، وعنـد أبي حنيفـة يَحْلِفُ على نفي العلم[6].

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بن ، بدون ألف ، وهو خطأ .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٤) في المسألة تفصيل وعدة أقوال . (انظر : الروضة : ١٢ / ٣٥) .

(٥) في نسخة ف : وارث الميت .

(٦) القاعدة عند أبي حنيفة أن التحليف على فعل نفسـه يكون على البتـات والقطع ، والتحليف على فعل غيره يكون على نفي العلم في الإثبـات والنفي (انظر : رد المحتـار على الـدر المختـار : ٥ / ٥٥٢ ، نتـائج الأفكار تكملة فتح القـدير : ٦ / ١٨٠ ، درر الحكام : ٢ / ٣٣٨) وانظر تفصيل ذلك مع المقـارنـة بين المـذاهب والمراجع فيهـا (وسـائـل الإثبات : ١ / ٣٤٢ ، الروضة : ١٢ / ٣٤ وما بعدها) .

وقال أبو زيد المَرْوَزي : إن مات حاضراً حلفَ على البت ، وإنْ مات غائباً حلف على نفي العلم[1] .

٢٢٢ ـ **قلتُ أنا :** ذكرَ القاضي أبو الطيب هذه الشروط الثلاثة ، وأهملَ شرطاً لا بدَّ منه رابعاً ، وهو دعواه أنَّ في يدِ هذا الوارثِ المدعى عليه من تركة الميت ما يفي بالدين ، واشتراطُ هذا ظاهرٌ .

المسألة الثالثة ـ [يمين وكيل البائع] :

٢٢٣ ـ إذا نَصَبَ البائعُ وكيلاً بقبضِ الثمن ، وتسليمِ المبيع ، فقالَ المشتري لهذا الوكيل : موكلك سلَّم المبيعَ إليّ ، وأبطلَ حقَّ الحبس ، وأنت تعلم .

قال ابن القاص : فيه قولان :

أحدُهما : يَحلفُ على نفي العلم[2].

والثاني : وهو اختيارُ أبي زيد المرْوَزي : أنه يحلفُ على البت ، لأنه يُثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع .

المسألة الرابعة ـ [اليمين على الطلاق المبهم] :

٢٢٤ ـ إذا أبهمَ طلاقاً بين[3] نسوة ، وكانَ قد نوى واحدةً ، فادعتْ منهن واحدةٌ أنه أرادَها ، وأنكرَ ، فيحلفُ على البتِّ .

ولو طلقَ واحدةً معينة مِنْهن ، ثم نسي ، فادعت واحدةٌ منهن أنَّه طلَّقها ، فلا يقبلُ قولُه : إنه نسي ، بل عليه الحلفُ على البتِّ ، إنه ما طلقها ، فإن نَكَلَ ، حلفتْ على البت ، وحَكَمَ لها .

---

(١) في نسخة ف زيادة : والبت ، وانظر : الروضة : ١٢ / ٣٥ .

(٢) قال النووي : « قلت نفي العلم أقوى » (الروضة : ١٢ / ٣٥) .

(٣) في الأصل : كان بين ، ثم شطب الناسخ على لفظة : كان .

وفي مسألة التعليقِ على الغُراب ، إذا قالتْ واحدة منهن : إنْ كانَ الطائرُ غراباً فأنا طالق ، وأنكر الزوجُ ، فعليه أنْ يحلفَ على البتِّ ، إنه لم يكن غراباً ، أو يَنْكلَ حتى تحلف الزوجة على البت ، إنه كان غراباً .

ولو علّقَ على دخولها ، أو دخول غيرها ، فتنازعا ، اكتُفيَ منه بيمينٍ واحدة ، على نفي العلمِ بالدخولِ ، ذكر هذا الإمام .

وقال الغزاليُّ ، لما حكى هذا عن الإمام ، قال : هكذا حكاه إمامي ، (وقال)[1] : وليس يتبينُ لي فرقٌ بينهما أصلاً ، بل ينبغي أنْ يكون عليه يمينٌ جازمة في الصورتين ، أو نكول في المسألتين جميعاً .

٢٢٥ ـ **قلت أنا** : هكذا قاله الغزالي في « الوسيط »[2] ، ومن العجيب يُوجّه العجزَ عن الفرق بين المسألتين ، **وعندي** : [٣٦ / أ] أنَّ الفرقَ بينهما ظاهرٌ جداً ، وذلك لأنَّ تعليقَ الطلاقِ على دخولِ زيدٍ الدارَ تعليقٌ على فعلٍ متجددٍ من زيدٍ قطعاً ، فيحلفُ يميناً نافيةً على نفي العلم ، لأنَّ كلَّ منْ حلفَ على فعلِ غيره ، هل وجِدَ الفعلُ من ذلك الغيرِ أم لا ؟ حَلَفَ على نفي العلم به .

أما تعليقُ الطلاقِ على كونِ الطائر المشارِ إليه الذي قد وُجد طَيَرانُه ، غراباً ، فليس تعليقاً على فعلِ الغيرِ قطعاً ، بل تعليقاً على كون هذا الطائر

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : قال .

(٢) الوسيط من كتب المذهب المشهورة ، المأخوذة شرحاً واختصاراً من كتب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى ، وذلك أن الإمام صنف أربعة كتب في الفقه ، وهي الأم والإملاء ومختصر البويطي ومختصر المزني ، ثم جاء إمام الحرمين الجويني فاختصر الأربعة في كتابه النهاية ، وفي قول آخر أن المزني اختصر الأم في مختصره ، ثم جاء إمام الحرمين وشرح مختصر المزني في النهاية ، ثم اختصر الغزالي النهاية في كتابه البسيط ، ثم اختصر البسيط إلى الوسيط ، واختصر الوسيط إلى الوجيز ، ثم اختصر الوجيز إلى الخلاصة ، وجاء الرافعي فاختصر الوجيز في المحرر الذي نقحه وعدله وأضاف إليه ، ثم حققه الإمام النووي في منهاج الطالبين ، ويعتبر منهاج النووي أحسن وأفضل التخريجات والتحقيقات لآراء المذهب ، ولم يطبع من كتب الغزالي الأربعة السابقة إلا الوجيز ، أما الوسيط فلا يزال مخطوطاً ، ويوجد منه نسخ مخطوطة في المكتبة الظاهرية بدمشق .

المشاهد موصوفاً بصفةِ كونه غراباً ، وإذا لم يكن تعليقاً على فعلِ الغير ووجودِه ، بل على تحقق حقيقة كونه غراباً ، حَلَفَ من ينفي وجودَ الصفة الحقيقية على البتِّ ، بأنّ هذه الصفة لم توجد ، لأنّه ليس يَنْفي فعلَ غيره .

وإيضاح هذا الفرقِ عدمُ الموازنة بين المسألتين ، ومتى اتحدتا اتحدَ الحكمُ في صفةِ اليمين فيها ، فوِزان قولِه : إنْ كان هذا الطائرُ غراباً فأنتِ طالقٌ بعد مشاهدةِ طيرانه ، والجهلِ بحقيقتِه ، هل هو غرابٌ أو حمامٌ مثلاً ؟ قوله : وقد تحقق دخولُ رجلٍ إلى الدار ، ووجوده فيها ، وجُهِلَ من هو ، هل هو زيدٌ أو عمرو ؟ فقال : إن كانَ هذا الرجلُ الكائنُ في الدار زيداً فأنت طالق ، ثم فُقِدَ الرجلُ ، وجُهِل منْ كان ، واختلفا ، فإن النافي لكونه كان زيداً بخصوصيته ، يحلفُ على البت ، كنظيره في مسألة الغُراب .

ووِزَانُه في مسألة الغراب أن يعرفَ طائراً حقيقتُه أنه غرابٌ ، وهو غيرُ طائر ، بل واقفٌ ، فقالَ : إنْ طارَ هذا الطائرُ الغرابُ المشارُ إليه فأنتِ طالق ، ثم فُقد الطائرُ واختلفا ، هل طارَ ذلك الطائرُ المشارُ إليه المحلوفُ على طيرانه ، أو ماتَ مثلاً ، ولم يطر بعد اليمين ، فإنَّ النافي لطيرانه يَحلف على نفي العلم قطعاً ، فظهر لما ذكرناه الفرق الذي أردناه بين المسألتين المسطورتين .

النظر الثاني

في

كيفية التحالف بين المتبايعين والمتنازعين في دار هي في يدهما

[التحالف بين المتبايعين] :

٢٢٦ ـ أما المتبايعان : فإذا اختلفا في قَدْر الثمن تحالفا قولاً واحداً ،

وكـذلـك إذا اختلفـا في الشروطِ التي يَقبلُهـا (العقـدُ)[1] كالأجـلِ والكفيـلِ والرهنِ ، وكذا إذا قالَ بعتك (هذه)[2] العينَ بألفِ دينارٍ ، فقـالَ : بل بـألفِ درهم ، (فيتحالفان)[3] ، ولو قال : بعتني هذا العبدَ بألفٍ معينـةٍ هي هـذه ، فقال : بل بعتك هذه الجاريةِ بالألف درهمِ المعينة ، تحالفا قولاً واحداً .

أما إذا قال له : بعتك هذا العبد بألف درهم في ذمتك ، فقالَ : بل بعتني هذه الجاريةَ بألفِ درهمٍ في ذمتي ، فهل يتحالفان ؟ فيه وجهان .

ولو قال : بعتُـك هـذه الـدارَ بـألفٍ ، فقـال : بلْ وهبتنيهـا ، [٣٦/ب] فالمذهبُ أنَّه ليسَ من صورِ التحالفِ ، بل تُفْصَلُ الخصومةُ بطريقها[4] ، وفيـه وجـهٌ حكاهُ الإمـامُ وغيرُه من المراوزة أنّهما يتحـالفـان ، وفي طريقـةِ العراق : لاخلافَ في أنَّهما في هذه المسألةِ الأخيرة (لا يتحالفان)[5] .

[التحالف على الخيار الزماني والمكاني] :

٢٢٧ ـ وأما الخيـارُ المكاني والزمـاني فقـال القـاضي حسينٌ : لا يَجري فيـه تحالفٌ لقدرةِ كلِ واحدِ (منهما)[6] على الفسخِ .

قال الإمامُ : وهو غيرُ سديدٍ ، لأنَّ التحالفَ ليسَ موضوعـاً للفسخ ، لكنْ لتحالفِ[7] [كل][8] واحدٍ منهما ، فيرجعُ ، ويَثْبُتُ العقـدُ بيمينِ الصـادق منهما ،

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : العقل ، وهو تصحيف .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : هذا .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يتحالفان .

(٤) وذلـك لأنهما لم يتفقـا على عقـد واحـد ، ويحلف كل منهما على نفي دعوى صاحبـه ، كسـائر الـدعـاوي ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٩٧ ، شرح المحلي على المنهاج : ٢ / ٢٤١ ، نهاية المحتاج : ٤ / ١٦٧)

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لا يتحالفا ، وهو خطأ نحوي .

(٦) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٧) في نسخة ف : استحقاقه .

(٨) اللفظ من عندي ، لتقدير صحة الكلام ، وليس موجوداً في نسخة الأصل ونسخة ف .

قال : ولهذا جرى التحالفُ في القِراض والجُعالة[1] مع تمكنِ كلِ واحدٍ من فسخِه ، لأنَّ حكمةَ التحالفِ تَرَقُّبُ خوفِ أحدِهما ورجوعِه ، فيَثْبتُ العقدُ الجائزُ بيمينِ الآخر الصادقِ ، ويستمرُ على الصحة[2] .

نعم ، إذا جرى التحالفُ منهما ، ولم يَنْكفَّ أحدُهما عن اليمينِ ، وقَعَ التفاسخُ ضرورياً ، رآه الشرعُ بعد جريان التحالفِ .

ثم قالَ الإمامُ بعد هذا : ومساقُ هذا الكلام يقتضي أنَّ تحالفَ[3] المتقارضين لا يجري قبلَ الشروع في شيءٍ من العملِ ، إذْ لا معنى له ، بلْ يمكنُ أن يقولَ : نجعلُ نفسَ تناكرِهما تفاسخاً ، ولهذا نظائرُ ، من جملتِها نصُ الشافعي رضي الله عنه : على أنَ دعوى الرجعة من الزوج رجعة .

نعم ، إنْ عَمِلَ عاملُ القِراض شيئاً عادَ النزاعُ إلى مقصودٍ آخر ، وهو أجرةُ مثله .

قلتُ : ولهذا تتمةٌ ليس منْ غَرَضنا تحقيقُها ، فإن الغَرضَ ههنا ذكرُ كيفيةِ التحالفِ [والعودة][4] إلى أصلِ المسألة ، وهكذا نُجري التحالفَ في اختلاف المستأجرين والمتساقيين[5] ، وفي الكتابةِ والصَداقِ كنظيرِه في البيع .

---

(١) القراض من أسماء المضاربة في لغة أهل الحجاز ، والجُعْل اسم لما يجعل شرطاً للعتق ، والجعل اسم لما يضربه الإمام على الناس الذين يخرجون إلى الجهاد ، وفي اصطلاح الفقهاء : الجعالة التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر علمه ، (انظر : كشاف اصطلاحات الفنون : ٥ / ١١٩٨ ، دستور العلماء : ١ / ٤٠٣ ، مغني المحتاج : ٢ / ٤٢٩ ، بلغة السالك : ٢ / ٢٦٩) .

(٢) قال الرملي : إن التحالف لم يوضع للفسخ ، بل عرضت اليمين رجاء أن ينكل الكاذب ، فيتقرر العقد بيمين الصادق ، (نهاية المحتاج : ٤ / ١٦١) .

(٣) في نسخة ف : يتحالف .

(٤) الكلمة من عندي ، وفي نسخة الأصل ، والزمن ، وليس لها معنى هنا ، والعبارة في نسخة ف : فإن الغرض بنا ههنا ألزم إلى أصل المسألة .

(٥) في نسخة الأصل : المتأجرين والمتسابقين .

[كيفية التحالف] :

٢٢٨ ـ إذا عرفتَ[١] هذا ، فالنظرُ الآنَ في كيفيةِ التحالفِ ، والمنصوص في البيع أنَّ البدايةَ بالبائع ، وكذلك في السَّلمِ بالمُسْلَمِ إليه ، وفي الكتابةِ بالسّيد ، وهو بائعٌ أيضاً ، ونصَّ في النِّكاح على البداية (بالمتزوج)[٢] ، وهو في مَرتبة المشتري ، فمِنَ الأصحاب منْ قالَ : في الكل قولان ، ومِنْهم من فَرَّق ، ومنهم من قالَ : يُقْرِعُ الحاكمُ بينهما ، ومنهم منْ قال : يتخيرُ الحاكمُ ما شاء[٣] من ذلك[٤] .

[الجمع بين النفي والإثبات] :

٢٢٩ ـ وصورةُ اليمين أنْ يجمعَ البائعُ بينَ النفي والإثبات بيمينٍ واحدةٍ ، يبدأ فيها بالنفي ، فيقولُ : واللهِ ، ما بعتُه بخمسِ مائة ، ولقد بعتُه بألفٍ ، ويقول المشتري : واللهِ ، ما اشتريتُه بألفٍ ، ولقد اشتريتُه بخمس مائة .

وقال أبو سعيدِ الإصطخري : تجبُ البدايةُ[٥] بالإثبات في الطرفين ، والأولُ أصحُ .

هذا أحدُ القولين ، وهو المنصوصُ[٦] ، وفيه قولٌ أنّهُ لا يجمعُ في يمينٍ

---

(١) في نسخة ف : عرف .

(٢) الكلمة من هامش الأصل ، أما في الداخل فيوجد كلمة : البائع ، وهو خطأ ، وفي نسخة ف : بالمشتري .

(٣) العبارة في نسخة ف : يجبر الحاكم من شاء .

(٤) لخص النووي هذه الأقوال والآراء فقال : ويبدأ بالبائع وفي قول بالمشتري وفي قول يتساويان ، فيتخير الحاكم ، وقيل يقرع ، وانظر تفصيل ذلك وتعليله في (مغني المحتاج : ٢ / ٩٦ ، نهاية المحتاج : ٤ / ١٦٢ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٢ / ٢٣٩ ، جواهر العقود : ١ / ٧٣) .

(٥) العبارة في نسخة ف : تجب البداءة .

(٦) قال : النووي : والصحيح أنه يكفي كلَّ واحد يمينٌ ، تجمع نفياً وإثباتاً ، ويقدم النفي ، (مغني المحتاج : ٢ / ٩٦)

واحـدةٍ بين النفي والإثبـات ، بـل يحلفُ البـائعُ على النفي فقـط ، ثم يحلفُ المشتري على النفي ، ثم يحلفُ البـائـعُ على الإثبـات ، [٣٧ / أ] ثم يَحلفُ المشتري على الإثبات .

وهذا قولٌ ، مع بعده ، مخرَّجٌ من نصِ الشافعي ، على مالو تنـازعَ رجلان في دارٍ هي في يدهما[١] ، ادّعى كلُّ واحد أن جميعَها له ، فقالَ : يحلفُ أحـدُهمـا أولاً على النفي في النصف الـذي في يـده ، ولا يَجْمـع في يمينـه بينَ النفي والإثبات[٢] .

فمن الأصحاب منْ قال : في هـذه المسـألـةِ أيضـاً قولان ، كمسـألـة البيع ، وجعلَ في (كلتـا)[٣] المسـألتين قـولَيْن ، ومنهم من فرَّق بينهما بفروقٍ مشهـورةِ التفريع .

إنْ قلنـا : يجمعُ ، فحلفَ البـائـع على النفي والإثبـات ، ثم حلفَ المشتري على النفي فقط ، ونكلَ عن الإثبـات ، (قُضي)[٤] عليـه بيمين البـائع ؛ وسببُـه أنَّ النفي والإثبات لما (اجتمعا)[٥] على هذا القول ، واتصل النفي بـالإثبـات ، صارت كيمينٍ واحدةٍ ، فجُعِلَ النكولُ عن البعضِ نكولاً عن الكلِّ .

[تعدد اليمين] :

٢٣٠ ـ وإن قلنا : بتعدد اليمين ، فلهما أحوالٌ :

---

(١) في نسخة ف : يديهما .

(٢) قـال الشـافعي في (الأم : ٦ / ٢٣٨) : فـإن لم يجـد واحـد منهما بينـة أحلفنـا كل واحـد منهما على دعـوى صاحبه (أي نفي استحقاقه) ، فأيهما حلف برئ ، وأيهما نكل رددنا اليمين على المدعي ، فـإن حلف أخـذ ، وإن نكل لم يأخذ شيئاً .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كلا .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وقضى .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : جمعا .

الأولى : إذا نكلَ الأولُ عن النفي حَلَّفْنا الثاني يميناً واحدة جامعةً بين النفي والإثبات ، لأنَّه قد تقدَّمَ نكولٌ فلا بأسَ بالإثبات .

الثانية : أنْ يتحالفا على النفي :

قال الشيخ أبو محمد : يُفسخُ العقدُ ، لأنَّ التضادَّ والتَعانُدَ قد تَمّ .

وقال غيره : يعودُ إلى الأول ، وتُعرض عليه يمينُ الإثبات ، فإنْ حلفَ عرضناها على الثاني ، فإنْ حلفَ تمَّ الآن التحالف .

فعلى هذا : لو حلفَ الأولُ يمينَ الإثبات ، فعدْنا إلى الثاني فنَكَلَ ، قضيْنا للأول لا محالةَ ، والأصحُّ ما ذكره الشيخُ أبو محمد .

[التحالف والتفاسخ] :

٢/٢٣٠ ـ الحالة الثالثة : أن يَتَنَاكَلاَ جميعاً ابتداءً ، ففيه وجهان :

أحدُهما : أن تناكُلَهما كتحالفهما لحصولِ التضادّ ، فيقعُ التفاسخُ ، ولذلك نصَ الأصحابُ على أنّه لو حلفَ الأولُ على النفي ، ونكلَ الثاني ، فردَّ على الأول ، فنكلَ عن الإثبات ، كان نكولهُ كحلفِ صاحبه .

والوجهُ الثاني : أنَّا نتوقفُ ولا نَفْسخ ، لأن التفاسخَ في هذا الباب إنّما أخذ من الحديث النبويّ[1] ، وهو منوطٌ بالتحالفِ ، وليسَ التناكلُ في معناه .

---

(١) وهو ما رواه ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قال : إذا اختلف المتبايعان ، والسلعةُ قائمةٌ ، ولا بينةَ لأحدهما ، تحالفا وترادّا ، وفي رواية « إذا اختلف المتبايعان تحالفا » ، وفي رواية مالك بلاغا عن ابن مسعود « البيّعان إذا اختلفا ترادا » ، وهذا الحديث ضعيف جدا ، ولم يُذكر الأول في كتب الحديث ، وإنما ذكره الفقهاء ، وخاصة الغزالي في الوسيط ، وجزم الشافعي أن طرق الحديث عن ابن مسعود ليس فيها شيء موصول ، وروى الحديث عبد الله بن أحمد في زيادات المسند ، وأما رواية : فالقول قول البائع ، وما أشبه ذلك ، فهي أصح ، ورواها أصحاب السنن وأحمد والحاكم وصححها .

(انظر : التلخيص الحبير : ٣ / ٣١ ـ ٣٢ ، معالم السنن ، للخطابي : ٥ / ١٦٣ ، تهذيب سنن أبي داود ، لابن =

[حكم التحالف في الانفساخ] :

٢٣١ ـ أما حكمُ التحالفِ إذا تمَّ فهو جوازُ إنشاء الفسخ لهما ، لا انفساخَ العقدِ بنفسِ التحالفِ ، هذا هو الصحيحُ المنصوصُ ، (وفيه)[1] قول (مُخرَّجٌ)[2] أنه يَنفسخُ بنفسِ التحالفِ[3] .

وفرّع الشيخُ أبو عليّ على هذا القولِ البعيدِ : أنَّ المشتريَ يردُّ الزوائدَ المنفصلةَ الحادثةَ بعد التحالفِ ، وقبل إنشاء الفسخِ منهما ، وأنَّ كلَ تصرفٍ يتصرفُ المشتري فيه بعد التحالفِ وقبلَ إنشاء الفسخِ يُنقَض ، وهو بعيدٌ .

وإذا قلنا : لا بدَّ من إنشاء الفسخ على الأصح ، فالأصحُ أنَّ العاقدَ يستقل به ، وفيه وجهٌ أنهُ يختصُ بالقاضي ، لأنّه مجتهدٌ فيه .

ومتى وقعَ الفسخُ ، هل يَنْفسخُ باطناً وظاهراً[4] ، أو ظاهراً فقط ، فيه [٣٧ / ب] خلافٌ وتفصيلٌ سبقَ ذكره من قبل[5] .



= القيم : ٥ / ١٦٤ ، نصب الراية : ٤ / ١٠٥ ، المغني : ٤ / ١٤٤ ، نتائج الأفكار تكملة فتح القدير : ٦ / ١٨٤ ، الدر المختار : ٤ / ٤٩٥ ، ٥ / ٥٦٠ ، وسائل الإثبات : ٢ / ٦٨٥ ، نيل الأوطار : ٥ / ٢٥٢ ـ ٢٥٣)

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ففيه .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : خرج .

(٣) هذا القول مقابل للصحيح الذي نص عليه المؤلف ، وأكده المحققون في المذهب ، وهو أن العقد لا ينفسخ بنفس التحالف بل يعتبر باقياً ، ويتراضى الطرفان على قول أحدهما أو يفسخانه أو يفسخه أحدهما أو يفسخه الحاكم ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٩٦ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٢ / ٢٤٠ ، نهاية المحتاج : ٤ / ١٦٣ ، حاشية الشرقاوي : ٢ / ٤٨ ، المهذب : ١ / ٢٩٢ ، المجموع : ١٣ / ٥٩ وما بعدها) .

(٤) في نسخة ف : ظاهراً وباطناً .

(٥) فقرة ١٣٣ من هذا الكتاب ، وانظر : المهذب : ١ / ٢٩٣ ، المجموع : ١٣ / ٦٧ .

النظر الثالث

في

كيفية اليمين الواجبة على المدعى عليه

٢٣٢ ـ إذا توجهتِ اليمينُ عليه ، وبَذَلها ، فليقلْ له القاضي ، بعد تخويفه بالله عز وجل منه ومن عذابه : قل : واللهِ أو بالله ، أو تالله[١] ، إنَّ هذا المدعي لا يستحق عليّ ما ذكره في دعواه ، ولا شيئاً منه ، أو لا يلزمُني تسليمُ (ما ذكر ، ولا تسليمُ)[٢] شيءٍ منه ، أو لا حقَ له عليّ ، أوْ ماله قبلي شيءٌ ، نفياً لما أجاب به عن الدعوى ، وكل هذه أجوبةٌ صحيحة .

وهكذا إنْ كانَ بيمينه مثبتاً لحقٍ ، كاليمين مع الشاهدِ ، أو يمينِ الردِ مع نكولِ المدعى عليه ، فليقلْ له الحاكمُ : قلْ : باللهِ أو واللهِ ، إني مستحقٌ في ذمة هذا هذا القدرَ المدعى به ، وتسلّمه الآن ، (إذ)[٣] ربَّما يكونُ مُؤجلاً ، فلو اقتصر على اليمين على استحقاقه كانَ صادقاً ، ولا يَستحق تسلُّمَه في الحال .

[تغليظ اليمين] :

٢٣٣ ـ ثم إذا كانَ المال أقلَ من نصابِ الزكاة فلا تغليظَ في اليمينِ عندنا ، وإن بلغ نصاباً فما زادَ غُلّظِت اليمين .

واختلف الأصحابُ في تقديرِ التغليظِ بنصابِ الذهبِ والفضةِ على وجهين :

أحدهما : لأنَّها نصابُ زكاة ، فعلى هذا تُغلّظ في الغنم في أربعينِ شاة فما

---

(١) انظر ألفاظ اليمين مع مقارنة المذاهب والمراجع المشار إليها في (وسائل الإثبات : ١ / ٣١٥)

(٢) مابين القوسين من هامش الأصل .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أو ، وهو تصحيف .

زاد ، وفي الإبلِ في خمسٍ ، وفي البقرِ في ثـلاثينَ ، وفي الحبـوبِ والثمارِ في خمسةِ أوْسُقٍ[1] ، وإن نَقصَت قيمةُ كل نصابٍ عن عشرينَ ديناراً أو عن مائتي درهم .

والثـاني : أنّـه إنّما قُـدِّرَ بـالعشرين عن توقيفٍ ، فـلا (يُقـدر بـه عن)[2] غيره ، فعلى هذا كل نصابٍ من غير النقدين لم تبلغ قيمتُه نصاباً من النقـدين لم تُغَلّظ فيه ، وإن بلغت قيمتُه نصاباً منهما غُلظت فيه .

والتغليظ يكون بثلاثةِ أشياء : باللفظ والزمان والمكان .

[التغليظ باللفظ] :

٢٣٤ ـ فالتغليظُ باللفظِ هو بزيادةِ ألفاظٍ من أسماء الله تعـالى وصفـاتِـه ، كقولـه للحـالف : قـلْ : بـاللهِ الـذي لا إلـه إلا هـو ، عـالم الغيب والشهـادة ، الطالب الغالب المدرك المهلك الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية[3] .

وللحـاكم أن يقتصرَ على بعض هـذه الألفـاظ في اليمين المغلظـة ، ولـه أن يستوفيها على توسُّطِ الحقّ وكثرتـهِ[4] ، فـالتغليـظُ في (التحليفِ)[5] على ألفٍ[6] مثلا لا يكون كالتغليظ على عشرةِ آلاف .

وهذا التغليظُ اللفظي مستحبٌ ، غيرُ واجبٍ عند الشيخ أبي علي ، وعنـد غيره وجهان[7] .

---

(١) الوَسَق ستون صاعاً ، جمعه أوساق ووسوق ، أو هو حمل بعير ، (القاموس المحيط : ٣ / ٢٨٩)

(٢) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : يتقدر به .

(٣) الأم : ٦ / ٢٨٠ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٥٥ ، الروضة : ١٢ / ٣١ .

(٤) وسائل الإثبات : ١ / ٣٢٦ ، المهذب : ٢ / ٣٢٣

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الحلف .

(٦) في نسخة ف : الألف .

(٧) اقتصر الشيرازي والنووي على القول الأول ، وهـو الاستحبـاب ، (انظر : المهـذب : ٢ / ٣٢٣ ، الروضـة : ١٢ / ٣١) .

قال الشيخُ أبو علي : إلا أن الحاكمَ لو قالَ للحالفِ : قل : بالله الذي لا إله إلا هو ، الطالبُ الغالب ، فاقتصرَ الحالفُ على قوله : بالله ، وامتنع من الباقي ، هل يصيرُ ناكلا ؟

فيه وجهان ، واختارَ القَفالُ أنه يصيرُ ناكلا ، وتُردُّ اليمينُ على خصمه .

ولو قال له : قل بالله ، فقال : [٣٨ / أ] والله ، أو على العكس ، هل يصيرُ ناكلا ؟ فيه وجهان سبق ذكرهُما[١] .

وهكذا لو قال : باللهِ الذي لا إله إلا هو ، فقال : بالله الرحمنِ الرحيم ، هل يكونُ (ناكلاً)[٢] ؟ فيه وجهان .

[التغليظ بالمكان] :

٢٣٥ ـ وأما التغليظ بالمكانِ فهو تحليفه في أشرف البقاع وأعظمِها حرمة[٣] ، ففي مكة بين الركن والمقام ، وفي المدينة فعلى مِنبرِ رسول الله ﷺ أو عنده ، وظاهرُ النص أنه يَصعدُ المنبرَ ، وقال أبو سعيد الإصطخري : لا يصعدُ ، وفي البيتِ المقدَّس عند الصخرة ، وفي بقية البلاد في مسجدها الجامع عند المنبر ، وهل يصعدُ المنبرَ ؟ على الخلاف المذكور .

وهذا التغليظ المكانيُ هل (هو)[٤] مستحقٌ أو مُستحب ؟ فيه وجهان[٥] ، وقيل : الوجهان في التغليظ بمكة والمدينةِ ، وأما في بقية البلاد فغيرُ واجبٍ قولاً واحداً .

---

(١) في صفحة ٢١٨ من هذا الكتاب ، وانظر : الروضة : ١٢ / ٣٤ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، أي هل يصير الحالف ناكلا ، وفي الأصل : نكولاً ، أي هل يكون قوله نكولاً ، ورجحنا لفظ ، ناكلا ، لأن المؤلف استعمله مرتين قبل سطور .

(٣) وسائل الاثبات : ١ / ٣٢٨ ، الأم : ٦ / ٢٧٩ .

(٤) اللفظ زيادة من ف ، وساقط من الأصل .

(٥) أحدهما : أنه مستحب ، والثاني : أنه واجب ، (انظر : المهذب : ٢ / ٣٢٣ ، الروضة : ١٢ / ٣٢) .

ثم سواءٌ قلنا : إنَّ التغليظَ بالمكانِ مستحِقٌ أو مُستحبٌ ، فإذا حلَّفه الحاكم في مكان التغليظِ ، فامتنعَ من اليمين فيه ، صار ناكلاً قولاً واحداً عند الشيخ أبي علي ، بخلافِ امتناعه من التغليظِ اللفظي على أحدِ الوجهين[1] .

والفرقُ أنَّهُ في اللفظِ قدْ أتى بقوله : واللهِ ، وهذه لفظةُ اليمين ، ومعناها في قوله : واللهِ الذي لا إلـهَ إلا هو الطالبُ الغالب ، فإنَّ كلَ هذه الألفاظ مُندرجة عند اسمِ الله تعالى ، بخلاف امتناعه من الحلفِ[2] في مكانٍ شريف ، فإنه لا يحصلُ شرفُ المكان أصلاً .

وإذا قُلنا : إنَّ التغليظ مستحقٌ ، فلا يُغنيه قوله : حلفتُ بالطلاق أنْ لا أحلفَ يميناً مغلظةً ، بل يُقال له : انكلْ أو احلف ، وإن وقعَ عليك الطلاقُ ، هكذا قاله الإمام[3] .

وقال القاضي أبو الطيب في « التعليق » : إذا امتنعَ من اليمينِ بين الركنِ والمقامِ ، وقال : عليّ يمينٌ أن[4] لا أحلفَ بينهما ، لكن أحلف عن يمينِ المقامِ مثلا ، أو أحلف في موضعِ آخر قريبٍ من البيتِ ، فيه قولان ، أحدُهما : يُجاب إليه ، ولا يَحنث في يمينه ، والثاني : يَحلف في ذلك الموضعِ بعينه ، ويَحنثُ في يمينه[5] .

هذا كلُّه إذا قلنا : (إن)[6] التغليظَ بالمكان مستحق وشرطٌ ، وأما إذا قلنا : إنه مُستحبٌ ، فلا يحنثُ في يمينه قولاً واحداً .

---

(١) انظر : الروضة : ١٢ / ٣٤ .

(٢) في نسخة ف : اليمين .

(٣) انظر : الروضة : ١٢ / ٣٣ .

(٤) اللفظ في نسخة ف : بأن .

(٥) انظر : الروضة : ١٢ / ٣٣ .

(٦) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

[التغليظ بالزمان] :

٢٣٦ ـ وأمـا التغليـظُ بـالزمـان فهو تحليفـةُ بعـدَ العصر في يومِ الجمعـة[١] ، (وهل هو مستحِقّ أو مستَحِبّ ؟)[٢] فيه وجهـان[٣] ، وكيفَ مـاكانَ فلو امتنع من الحلف في هذا الزمن[٤] ، وبَذَلَ اليمين قبله أو بعده صار ناكلا كالمكان .

[التحليف بالمصحف] :

٢٣٧ ـ ومما تُغلَّظ به اليمينُ التحليفُ بالمصحف .

قـال الشـافعي رضي الله عنـه : كانَ ابنُ الـزبيرِ[٥] يَستحلفُ بـه ، ورأيت مُطرِّفا[٦] قاضي صنعاء يستحلفُ به ، [٣٨ / ب] وهو حسنٌ[٧] .

(١) وسائل الإثبات : ٢ / ٣٢٨ ، الأم : ٦ / ٢٧٩ .

(٢) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل تقديم وتأخير ، وهي : وهل هو مستحب أو مستحق ؟

(٣) انظر : المهذب : ٢ / ٣٢٣ ، الروضة : ١٢ / ٣٢ .

(٤) في نسخة ف : الوقت .

(٥) عبد الله بن الزبير بن العوام الأسدي ، أبو خُبيب أو أبو حبيب أو أبو عبد الرحمن ، صحـابي جليل ، أولُ مولود في الإسلام في السنـة الأولى بعـد الهجرة ، أمـه أسماء بنت أبي بكر ، وهـو فـارس قريش ، أمير المؤمنين ، لـه ٢٣ حديثاً ، روى له الستة ، شهد اليرموك وفتح أفريقيا ، بويع بالخلافة بعد موت يزيد سنة ٦٤ هـ ، وغلب على اليمن والحجاز والعراق وخراسان ، وكان فصيحاً شريفاً شجاعاً لسنا أطلس ، كثير العبادة ، كان يسمى حمامة المسجد ، دافع عن عثمان في الدار ، قاتله بنو أمية حتى انتصروا عليه في الكعبة ، وقتل وصلب ثم سلم إلى أمه فدفنته بـالمدينـة في دار صفية بنت حيي ، ثم زيـدت دارهـا في المسجـد فهو مـدفون مع النبي ﷺ ومع أبي بكر وعمر رضي الله عنهم ، كما يقول الكتبي في فوات الوفيات ، (انظر : الإصابة : ٤ / ٦٩ ، الخلاصة ٢ / ٥٦ ، المعارف : ٢٥٦ ، ٦٠٠ ، فوات الوفيـات : ١ / ٤٤٥ ، العقد الثمين : ٥ / ١٤١ ، النجوم الزاهرة : ١ / ١٨٩ ، البداية والنهاية : ٨ / ٣٣٢ ، تاريخ الخلفـاء : ٢١١ ، تهذيب الأسماء : ١ / ٢٦٦) .

(٦) مطرّف بن مازن الكناني ، وقيل القيسي بـالولاء أبو أيوب ، الصنعـاني ، ولي القضـاء بصنعـاء اليمن ، روى عنه الإمام الشافعي وخلق كثير ، واختلف العلماء في روايته وطعنوا بها .. قال الشـافعي : وقـد كان من حكام الآفـاق من يستحلف على المصحف ، وذلـك عنـدي حسن ، وكان مطرف يستحلف على المصحف ، ويروي ذلـك عن ابن الزبير ، توفي بـالرقـة ، وقيل بمنبج سنة١٩١ هـ ، (انظر : وفيـات الأعيـان : ٤ / ٢٩٧ ، النجوم الزاهرة : ٢ / ١٣٧ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٩٧) .

(٧) الأم ، الشافعي : ٦ / ٢٧٩ ، وانظر : المهذب ، للشيرازي : ٢ / ٣٢٣ ، الذي نقل نفس العبارة .

وقال[1] الماوردي : هو[2] جائزٌ ، وليسَ بمستحبٍ ، قال أصحابُنا : ومعناه أنَّه يوضعُ المصحف في حِجره ليكون أزجرَ له[3] .

قال الشيخ أبو علي : فلو أرادَ القاضي تحليفَه بالمصحف ، (وأمره أن)[4] يضعَه في حِجره ، فامتنع (منه)[5] ، هل يصير ناكلا ؟ فيه وجهان .

ثم قالوا : لا يُحلّفه بالمصحف ، فيقول : وحقِّ المصحف ، لأنه تحليفٌ بغير الله ، وإنما يحلّفُهُ بمن أنزلَ القرآن ، هكذا قاله الشيخ أبو علي ، قالَ : وقالَ الشيخُ أبو زيد : ولو حلَّفه بما في هذا المصحف ، لايكون يميناً ، لأن في المصحف سواداً وبياضاً ، ولو حلَّفهُ بما في المصحف من القرآن ، أو بما هو مكتوبٌ في المصحفِ ، أو حلّفه بالقرآن ، فهو يمينٌ ، وهل يحلفُه بالله الذي[6] أنزل القرآن على محمدٍ ؟ فيه وجهان ، حكاهما الشيخ أبو علي في « شرحه الكبير » ، والشيخ أبو عاصم العبادي في « فتاويه » ، ولم يختارا شيئاً .

[التغليظ بالقيام] :

٢٣٨ ـ ولا يشرع القيامُ في شيء من الأيمان إلا في يمينِ اللعان ، وقيل : يُغلظُ بالقيام في جميع[7] الأيمان[8] .

---

(١) في نسخة ف : قال ، وانظر : الحاوي ، له : ١٢ ق ١٣٦ / ب ، ق ١٤٢ / ب ، أدب القاضي ، له : ١ / ٦٥٨ .

(٢) في نسخة ف : وهو .

(٣) وهذا ما أيده النووي رحمه الله ، قال : « وأن يحضر المصحف ، ويوضع في حجر الحالف » (الروضة : ١٢ / ٣١) .

(٤) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : وأن .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : به .

(٦) العبارة في نسخة ف : وهل يحلفه بالذي .

(٧) اللفظ في نسخة ف : سائر .

(٨) انظر : الروضة : ١٢ / ٣١ .

[الدعاوى التي يُغلظ فيها] :

٢٣٩ ـ وتُغلظُ اليمينُ في دعوى الطلاقِ والعتاقِ ، ولو ادَّعى العبدُ عتقَه على سيدِه ، فأنكرَ السيدُ ، حلفَ ، ثم إنْ كانت قيمةُ العبدِ نصاباً غُلِّظَتِ اليمينُ عليه ، وإلا فلا ، ولو نكلَ وَرُدّتِ اليمينُ على العبدِ غُلِّظتِ اليمين عليه ، لأنه يثبت الحرية[1] .

وقال صاحب « التقريب » : تُغلظ اليمين على السيدِ كيف كان ، لأنه يَنفي ما يُثبته العبد ، ولو ادّعى السيدُ على عبده كتابتَه ، فأنكرَ ، فإن كان المالُ نصاباً غُلظت اليمين على العبد ، وإن نكل وردتِ اليمينُ على السيدِ غُلظت ، وإنْ كان أقلَ من النصابِ فلا تغليظَ ، أما إن ادَّعى العبد الكتابةَ على السيد ، وأنكرها ، إن كانت قيمة العبد نصاباً غلِّظَتِ اليمينُ على السيد ، وإن نكلَ وردتِ اليمينُ على العبد غُلِّظَتْ أيضاً ، وإن نَقصتْ عن النصاب فلا تُغلظ على السيد ، فلو نكلَ وردت على العبد غُلظت على العبد ، لأنه يُثبت الحرية .

وقال صاحب « التقريب » : إذا غُلظت على العبد ينبغي أن تُغلظ على السيد أيضاً .

[تغليظ اليمين على المرأة في المكان] :

٢٤٠ ـ هذا كلُّه في حقِ المسلمِ ، أما المسلمةُ فالبَرَزةُ[2] كالرجلِ في إحضارها مجلسَ الحكم ، وتُغَلَّظُ[3] اليمينُ عليها بالمكانِ ، وأما المخدَّرةُ قال الإمام : قال

---

(١) بين الإمام النووي رحمه الله تعالى الحالات والدعاوى التي تغلظ فيها اليمين . (انظر : الروضة : ١٢ / ٣٢) .

(٢) البرزة أي الظاهرة غير المحتجبة عن الناس ، وإنما تخرج إلى السوق وإلى المجالس للحديث .

(٣) في نسخة ف : وتغليظ .

قـائلـون : يَحضرُهـا القـاضي بنفسـه ، أو المستخلَفُ في بيتهـا ، ولا تُكلَّفُ الحضورَ ، وقال في مكانٍ آخر : قطعَ العراقيون بأنَّ المخدَّرَةَ لا يَعْصِمُها التَخْـديرُ عن الحضورِ إلى المسجدِ الجامع لليمين ، إذا رأينا التغليـظَ بـالمكان واجبـا ، ولا تحضرُ إلى مجلس الحكم للدعوى عليها [٣٩ / أ] .

وقال الشيخُ القفال : المخدرةُ تحضرُ إلى مجلسِ الحكم كالبرزة[١].

والمخدرة هي التي لا تخرج لحوائجها ، ولا تعتادُ الخروجَ للزيارة والعَزايا ، فلو خرجت على نُذورٍ لم يَبْطل تخديرها .

والـذي عنـدَنـا أنَّ المخـدرة هي التي لا تخرج إلا لضرورةٍ ، هـذا مـا ذكره الإمـامُ . وقـال الشيخ أبو علي : المخـدرة لا تحضرُ إلى مجلسِ الحكم ، بـل يَبعثُ القاضي إليها من يحكم بينها وبين خصمها في منزلها ، فإذا توجهت عليهـا اليمينُ ، أحلفها في منزلها ، إن كان المـالُ لا تغليـظَ فيـه ، وإن كانَ فيـه تغليـظٌ ، من أصحابنا من قال : لا تخرجُ من بيتهـا ، وتحلفُ فيـه ، والصحيحُ أنهـا تحلفُ في الموضع الشريف ، وتُغلظ اليمينُ عليها ، إلا إذا كانت حائضاً لا تدخل المسجدَ ، بل تحلفُ على بابه .

وقـال[٢] المـاوردي : المخـدرة يَستخلِف الحـاكم من يستحلِفُهـا في منزلهـا ، ويسقطُ تغليظ اليمين بالمكانِ صيانةً لها[٣].

وقال القاضي أبو الطيِّب : المخدرةُ ، من أصحـابنـا من قـالَ : تُغلـظ اليمين عليها بالمكان كالبرزة ، فتحضرُ في ذلـك الموضع ، ومن أصحـابنـا من قـالَ : لا تغلظُ اليمينُ عليها بالمكان ، لأنَّ الحـاكم لا يستحضِرهـا إلى مجلسِ حكمـه ، وإنمـا

---

(١) انظر : الروضة : ١٢ / ٣٣ .

(٢) في نسخة ف : قال ، وانظر : أدب القاضي ، له : ٢ / ٣٢٥ .

(٣) انظر : الروضة : ١٢ / ٣٣ .

يبعث إليها نائباً عنه ، ليحكمَ بينها وبين خصمها ، ولا تخرج من بيتها .

وقال القاضي حسين : إذا كانت المرأةُ غيرَ برَزَة فتوكِّلُ ، فإذا توجهت عليها اليمينُ ، بعثَ إليها من يُحلّفُها في منزلها .

وقال القفّالُ : تحضرُ مجلسَ الحكم ، قال : قال أصحابنا : المخدَّرَةُ هي التي لا تخرجُ لحوائجها ، وإنْ خرجت إلى الأعزية والمآتم والزيارات ، قال : والذي عندي : أنَّ المخدرة هي التي لا تخرج لحوائجها ولا إلى الأعزية[1] والزيارات إلا نادراً ، فإن اعتادتها لم تكن مخدرة .

وقال الشيخُ أبو نصر : المخدرةُ هي التي لا تُخاطبُ الرجالَ ، ولا تحضرُ المواسمَ والأعراسَ ، فإنَّ الحاكمَ يبعثُ إليها من يُحلّفُها ، وهل تغلَّظُ اليمينُ عليها بالمكان ؟ فيه وجهان ، أحدهما نعم ، فتحضرُ في المواضعِ الشريفة ، ويحلفُها ، والثاني : لا ، لأن خدرَها إذا منع من إحضارها مجلس الحكم جرى مجرى المرضِ (فيسقطُ)[2] به التغليظ .

وقال الشيخ أبو إسحاق : المخدرة لا تُكلف الحضور ، بل توكّلُ من يخاطب عنها ، فإذا توجهت عليها يمينٌ ، بعثَ إليها من يحلّفها[3] .

٢٤١ ـ **قلت** : فهذا ما ذكره الأئمة في المخدرة وحكمها ، والأصحُ **عندي** : أنها لا تُكلف الحضورَ إلى مجلس الحكم لمحاكمةٍ ، ولا إلى موضعِ شريفٍ ليمين ، لأنَّ أصحابنا صرحوا بأنّه تُسمعُ[4] الشهادةُ على [٣٩ / ب] شهادتها مع

---

(١) في نسخة ف : للأعزية .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فسقط .

(٣) المهذب ، له : ٢ / ٣٠٤ ، وانظر : الروضة : ١٢ / ٣٣ .

(٤) في نسخة ف : تمتنع ، وهو خطأ .

حضورها من غيرِ مرض ، وألحقوا تخديرها[1] بالمرض والسفر في ذلك ، والأولى في التخدير وصفتِه ردُّه إلى عرفِ الناسِ واتباعِ العادات .

هذا كلُّه في يمين المدعى عليه يمينِ النفي ، أو يمين المدعي يمين الرد ، وهكذا الحكمُ في تغليظ اليمين إذا حلفَ المدعي مع شاهدِه لإثباتِ الحق .

[تصديق شاهده في اليمين] :

٢٤٢ ـ وليضيف الحاكم إلى اليمين مع الشاهد تصديقَ الشاهِدِ ، فيقول : وإنَّ شاهدي صادقٌ فيما شهدَ به . أو إنَّ ما شهد به هذا الشاهد حقٌّ وصدقٌ[2] .

وهذا التصديق للشاهد الواحد مستحِقٌّ أو مُستحَبٌّ ؟ فيه وجهان ، أصحُهما أنَّه مستحِقٌّ .

وهكذا اليمين للحكمِ على الميت والصبي والمجنونِ والغائبِ تُغلَّظُ ، كما سنذكره .

[يمين الاستظهار أو اليمين المتممة] :

٢٤٣ ـ ثم اختلفَ أئمتنا في أنَّ اليمينَ للحكمِ على الغائب هل هي مستحقةٌ أو مُستحبة ؟ فيه وجهان ، الأصح أنها مُستحبة[3] .

ولا خلافَ أنَّ اليمينَ للحكمِ على ميِّتٍ أو صبيٍ أو مجنونٍ مستحقةٌ قولاً واحداً ، والفرق ظاهرٌ[4] .

---

(١) في نسخة ف : تخدرها .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ٢٧٨ ، الأم : ٦ / ٢٨٠ ، وانظر فقرة ٤٨١ .

(٣) وهو ما عليه المحققون في المذهب ، قال النووي رحمه الله تعالى : ويجب أن يحلفه بعد البينة أن الحق ثابت في ذمته ، وقيل : يستحب ، (مغني المحتاج ، للخطيب : ٤ / ٤٠٧) ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٧٦ .

(٤) إن جزم المؤلف بأن يمين الاستظهار للحكم على الميت والمجنون والصبي مستحقة قولاً واحداً غير صحيح ، والحقيقة وجود قولين في المذهب ، الأصح منهما وجوب اليمين لعجز هؤلاء عن التدارك ، والقول الثاني : أنها مستحبة ، =

والمتغيبُ في البلدِ أو المنعةِ ، [إذا][1] سُمِعَتِ الدعوى عليه ، وقامت عليه البينةُ ، فإنَّ ذلك شائعٌ قولاً واحداً ، فإذا التمسَ المدعي من الحاكمِ الحكمَ عليه فله ذلك .

وهل يحلِّفه الحاكمُ تفريعاً على استحقاق اليمين بالنسبة إلى الغائب ؟ أكثرُ الأصحاب أطلقوا أقوالهم قائلين : بأن المتغيِّبَ والمتعذّر[2] حكمهُ حكمُ الغائب .

وقال الماوردي[3]: لا يجب اليمينُ للحكمِ على المتغيب ولا المُتعذر ، بخلاف الغائب ، والفرقُ أن المتغيبَ ظالمٌ بتغيبه ، وكذا المتعذر [غيرُ معذورٍ به][4]، فلم يحلف المحكوم له ، [بخلاف][5] الغائبِ فإنه معذورٌ في غيبته ، ثم قال بعد هذا : وهل يُجعل بتغيبه أو بتعذره في حكمِ الناكلِ حتى يحلفَ المدعي من غير إقامة بينة ؟ فيه وجهان ، أشبهُهُما أنه يُجعلُ ناكلا ، فعلى هذا : يحلف ويُعرِّض أن المتغيبَ حضرَ وتوجهتِ اليمينُ عليه فنكلَ عنها .

وهذا فيه بعدٌ لا يخفى على المتأمل .

[ترتيب ألفاظ اليمين] :

٢٤٤ ـ وكيفية لفظِ اليمين للحكمِ أن يقول الحاكم له : قل : بالله ، إني لم

= قال النووي : « ويجريان (أي القولان في الغائب) في دعوى على صبي أو مجنون ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٧ ، الروضة ١١ / ١٧٦) . وانظر : فقرة ٢٤٧ ، ٢٧٤ .

(١) في الأصل : وإذا ، والواوّ زيادة ، وهذا الكلام غير موجود في نسخة ف ، لنقص صفحة كاملة فيها ، عند هذا الموضوع .

(٢) المتعزز هو الممتنع عن الحضور الى مجلس الحكم لا خوفاً ولكن تغلبا ، (انظر : إعانة الطالبين : ٤ / ٢٣٨ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٨٨ ، جواهر العقود : ٢ / ٣٦٠) ، وقد يراد به المتعذر إحضاره ، كما قال الشيرازي في (المهذب : ٢ / ٣٠٤) ، وهو ماورد في الأصل في جميع العبارات في المتن ، وستأتي أحكام القضاء على الغائب : صفحة ٢٧٨ .

(٣) الحاوي ، له : ١٣ ق ٤٩ / ب .

(٤) في الأصل : وغيره معذر رتبه ، وهو خطأ .

(٥) في الأصل : بخالف ، وهو تصحيف .

أقبضْ هذا الدَّين ، ولا شيئاً منه ، ولا تعوَّضتُ عنه ، ولا عن شيءٍ منه ، ولا أحلتُ به ، ولا بشيءٍ منه ، ولا احتلتُ به ، ولا بشيءٍ منه ، ولا (برئت ذمة المدعى عليه منه ، ولا من شيءٍ منه)[1] ، بقولٍ ولا فعلٍ إلى هذا الوقتِ ، وإني مستحقٌ تسليمَه الآن ، أو في وقتي هذا[2] .

وهذا اللفظ الأخير لابدَّ من ذكره ، ولم يذكره أصحابنا في كتبهم ، لأنه لو كان الدين مؤجلاً على غائبٍ ، وسمعنا الدعوى به على رأيٍ ، فلابدَّ عند الدعوى من طلبِ التسليم إذا كان الدين حالاً ، ففي اليمين للحكم على الغائب به يجب ذكر استحقاق التسليم عَقيب [٤٠ / أ] اليمين .

[صيغة التغليظ] :

٢٤٥ ـ ثم قال الشافعي رضي الله عنه : يحلفه باللهِ الذي لا إله إلا هو ، عالمُ الغيبِ والشهادةِ ، هو الرحمنُ الرحيمُ الذي يعلمُ من السِرِّ ما يعلمُ من العلانية[3] .

وقال في « الأم » : الذي يعلم خائنةَ الأعينِ وما تُخْفي الصدورُ ، وهذه الألفاظ كلها منقولةٌ عنه ، فمن الأصحابِ : من قال : إنَّ التغليظَ بها مستحقٌ حتى لا يجوزُ أن يقتصرَ فيها على قوله : بالله[4] ، والصحيح جواز الاقتصار عليه[5] .

[تصديق الشاهدين في اليمين المتممة] :

٢٤٦ ـ ولا يحتاجُ في اليمين للحكمِ إذا كانَ الحقُّ قد ثبتَ بشهادةِ شاهدين

---

(١) مابين القوسين من هامش الأصل .

(٢) الأم : ٦ / ٢٨٠ .

(٣) الأم : ٦ / ٢٨٠ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٥٥ .

(٤) وهو قول شاذ في المذهب ، نص على شذوذه الماوردي في (الحاوي ، مخطوط : ١٢ ق ١٤٢ / أ) .

(٥) المهذب : ٢ / ٣٢٣ ، وسائل الإثبات : ١ / ٣١٦ .

إلى تصديق الشاهدين ، بخلافِ اليمين في الشاهدِ الواحدِ[1].

وحكى الإمامُ فيه وجهاً أنه يُشترط تصديقُ الشهود ، (وهو بعيدٌ . وذكر الغزالي في « الوسيط » تصديقَ الشهود)[2] في يمين الحكمِ ، ولم يحكِ فيه خلافاً ، وهو هفوةٌ[3].

[اليمين المتممة مع اليمين والشاهد] :

٢٤٧ ـ هذا كله إذا ثبتَ الحقُ بشهادةِ شاهدين فصاعدا ، أمّا إذا ثبت الحق بشهادة شاهدٍ واحدٍ ويمينِ المدعي على ميت ، أو صبي ، أو غائبٍ ، فهل يحتاجُ مع يمينه التي كمُلَت بها بينتُهُ إلى يمينٍ أخرى للحكم ؟ فيه خلافٌ سبق ذكرهُ[4] والأصحُ أنّه لا بدَّ من يمين أخرى للحكم[5].

[اليمين المتممة مع البينة الكاملة] :

٢٤٨ ـ وههنا دقيقةٌ لابدَّ من التنبه لها[6]، وهو أنَّ الحاكَم إذا أحلفَه للحكم على ميتٍ أو غائبٍ بالألفاظِ التي ذكرناها ، هل يُضيفُ إليها حَلْفَه بالله تعالى ، إنه مستحقٌ في ذمة هذا المحكوم عليه هذا الحق ؟

---

(١) والفرق بينهما أن الحجة كاملة في الحكم على الغائب والميت والمجنون ، واليمين لاستظهار الحق فقط ، بخلاف اليمين مع الشاهد ، فإنها جزء من البينة ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٨ ، الروضة : ١١ / ١٧٦) .

(٢) مابين القوسين من هامش الأصل .

(٣) ربما أخطأ المصنف في النقل عن الغزالي في الوسيط ، أو أن الغزالي رحمه الله رجع عن هذا الرأي ، لأن عبارته في الوجيز واضحة ، وهي عكس ما نقل عنه في الوسيط فإنه قال : ولا يجب التعرض في اليمين لصدق الشهود ، (الوجيز : ٢ / ٢٤٣) والغالب صحة نقل المصنف ، وأن الخطأ من الغزالي في كتابه « الوسيط » ، لأن الغزالي رحمه الله أخطأ كثيراً في « الوسيط » ، وقد ألف ابن أبي الدم رحمه الله تعالى كتاباً في إيضاح الأغاليط الموجودة في « الوسيط » ، كما سبق في المقدمة ، وألف عدد من العلماء في مشكلات الوسيط وأخطائه (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٨ / ١٢٦) وكان المصنف يشير أحياناً في هذا الكتاب إلى أخطاء الوسيط ، انظر : فقرة ١٤٤ ، ٣٢٠ ، ٧٥٤ .

(٤) فقرة ٢٤٣ من هذا الكتاب .

(٥) انظر : الروضة : ١١ / ١٧٧ .

(٦) في نسخة ف : التنبيه عليها .

هذا عندي فيه نظرٌ ظاهرٌ من حيث أنَّ اليمينَ المشروعةَ للحكمِ شُرعت نفياً لأمورٍ ، لو قُدِّرَ حضورُ المحكومِ عليه ودعواه بها على المدعي سُمعت ، فقام الحاكمُ مقامَه في إحلافِ المدعي على نفيها ، ولو أنَّ الغائبَ أو الميتَ كان حاضراً فطلبَ إحلاف المدعي إنه مستحِقّ الحقَّ المدعى به ، بعد قيامِ البينةِ الكاملةِ العادلةِ ، لم يُسمع ذلك منه عندنا بلا خلافٍ ، خلافاً لابن أبي ليلى ، لأنَّ في ذلك قَدْحاً في البينةِ ، بل لابدَّ في دعواه ، إنْ أرادَ دعوى براءةٍ ، أنْ يدّعي ما يقتضيها من إبراء أو قبضٍ أو غير ذلك .

٢٤٩ ـ لكن ههنا نظرٌ آخرَ دقيقٌ ، وهو أنَّ البينةَ إذا قامت على إقرارِ المدعى عليه بالدَّيْن مثلاً ، فلو كان حاضراً ، فقال : (لقد)[١] صدقت البينةُ فيما شهدت به عليّ من إقراري بالدين له ، لكني أشهدتُ عليّ ، وأقررتُ بناءً على ماجرت به العادة في أقاريرهم وإشهادِهم في الصكوك على أنفسِهم ، فحلِّفْه أيُها الحاكمُ إنه مستحِقّ ذلك عليّ ، فإني لمْ أقبض هذا المالَ الذي أقررتُ له به ، هل يحلّفُ ؟ فيه وجهان مشهوران سنذكرهما في موضعهما إن شاء الله تعالى ، وأصحهما أنَّ له تحليفه[٢] .

إذا ثبتَ هذا في هذه المسألةِ فعلى الحاكمِ أن يَتعرضَ [٤٠ / ب] في اليمينِ التي يَستحْلفُ بها المدعي للحكم على الميت أو الغائب أنّه مستحِقّ ذلك ، حذاراً منْ أنْ يكونَ أشهدَ عليه بقبضِ المقَرِ به جرياً على العادة ، ولم يَقبضه ، إذا كانَ المحكوم به مثلَ هذه الصورة ، وهذا من دقيقِ الفقه ولطيفه فليُفهم .

وأمّا القاضي أبو الطيب الطبريُّ والماورديُّ فإنهما فرضا ألفاظَ اليمين[٣] ،

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) فقرة ٨٣٨ ومابعدها ، ولم يذكر المصنف هذه المسألة بذاتها .

(٣) الحاوي : ١٣ ق ٤٩ / أ .

والتغليظَ بها في حقِ المُدعى عليه الحاضر، ونقلا نصَ الشافعيّ رحمه الله بذلك .

[يمين نفي البراءة] :

٢٥٠ ـ أمّا القاضي أبو الطَيب فإنّه قالَ : قال الشافعيُّ : إذا ادّعى عليه دَيْنا فقالَ : أَبرأتني منه ، فهو إقرارٌ بهِ ، فالقولُ قولُ المدعي مع يمينه في نفي البراءة ، فيحلفُ بالله ، إنَّ هذا الحقَّ ، ويسميه ، ثابتٌ عليه ، ما اقتضاه ولا شيئاً منه ، ولا اقتضاهُ مقتضٍ بأمره ، ولا بغيرِ أمرِه ، فوصلَ إليه ، ولا أَحالَ به ، ولا بشيءٍ منه ، ولا أبرأه منه ، ولا من شيءٍ منه ، وإنّه لثابتٌ عليه إلى أنْ حلفَ بهذه اليمينِ[1] .

قال أبو إسحاق : جملةُ ذلك أنَّ مدعي البراءةِ من الحق ، إنْ ادّعى جهةً معلومةً من البراءة ، حلفَ المدّعي على نفيها ، ولم يحتجْ إلى ضبط ما عداها ، وإنْ ادّعى براءةً مطلقةً غيرَ مضافةٍ إلى جهة ، وجبَ ضبطُ اليمينِ بتلك الجهات ، غير أنه لا يحتاج أن يقول في آخره : وإنه لثابتٌ عليه إلى أنْ حلفَ بهذه اليمين ، لأنّه إذا نفى وجوهَ البراءةِ ، فالظاهرُ بقاءُ الحق ، وإنما ذكره الشافعي تأكيداً لا شرطاً .

قال أصحابنا : يمكن[2] حصرُ ذلك بها ، بأقلَ من هذه الألفاظ ، بأن يحلفَ بالله ، ما برئ إليه من ذلك الحق ، ولا من شيءٍ منه بقولٍ ولا فعل ، فهذا يشتملُ على جميعِ تلك الوجوه ، أو يحلفُ[3] بالله تعالى ، ما بَرئتْ ذمتهُ من شيء من ذلك الحق ، ولا من شيء منه ، أو ما برئتْ ذمتُه من شيءٍ من

(١) الأم : ٦ / ٢٨٠ .

(٢) اللفظ في نسخة ف : ويمكن .

(٣) في نسخة ف : ويحلف .

ذلك الحق ، هذا لفظُ القاضي في « تعليقه الكبير » .

وأما الماورديُّ : فإنّه قالَ : إذا ادّعى عليه ألفاً ، فقالَ برئتُ منها ، صارَ مُقِراً ومُدَّعياً للبراءةِ ، فإنْ أطلقَ دعوى البراءةِ ، فيحلفُ المدعي ، فيقول : والله ، ما قبضتُها ، ولا شيئاً منها ، ولا قبضَها له قابضٌ بأمره ، ولا شيئاً منها ، ولا أحالَ بها ولا بشيءٍ منها ، ولا أبرأه منها ، ولا من شيء منها ، وزادَ في « الأم » : ولا كان منه ما يبرأُ به منها ، ولا من شيءٍ منها ، يعني من جنايةٍ أو إتلافٍ لماله ، بقدرِ دَيْنه ، ويقولُ : وإنّها لثابتةٌ عليه إلى وقتِ يمينه ، فهذه ستة أشياءَ ذكرها الشافعي في اليمين[1] .

ولا خلافَ أنَّ السادسَ منها استظهارٌ ، وليس بواجبٍ ، وهو قوله : وإنّها لثابتةٌ عليه إلى وقت يمينه ، وفي الخمسة الباقية وجهان ، الأكثرون قالوا : هي واجبةٌ ، [٤١ / أ] ومنهم من قالَ : (هي)[2] مُستحَبةٌ ، حتى لو اقتصر على قوله : ما برئ إليّ منها ، ولا من شيءٍ منها ، عمّ ، أمّا إذا خصّصَ دعوى البراءةِ ، بأنْ قال : دفعتُها إليه ، أو أحالَ بها (عليّ)[3] ، أو أبرأني منها ، فقد اختلفَ أصحابُنا هل يكون يمينُه مقصورةً على النوع الذي ادعاه ، أو مشتملةً على غيره من الأنواع ؟ على وجهين ، أحدُهما : وهو ظاهرُ ما أطلقه الشافعيُّ أنها تشتمل[4] على جميع أنواع البراءات في ذكر الأنواعِ الخمسةِ .

ثم هل تكون واجبةً أو احتياطاً ، فيه الوجهان المذكوران ، والثاني : وهو الأصحُّ ، أنّ يمينَه تكون مقصورةً على النوع الذي ادّعى البراءة به ، دون غيره .

---

(١) الأم : ٦ / ٢٨٠ ، جواهر العقود ، الأسيوطي : ٢ / ٣٦٠ .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف : وساقط من الأصل ، وسقط من نسخة ف لفظ : بها .

(٤) في نسخة ف : تشمل .

ثم قال الشافعيّ : فإذا حلف قالَ : واللهِ الذي لا إلهَ إلا هو ، عالم الغيبِ والشهادةِ ، الرحمن الرحيم ، الذي يعلم من السرِ ما يعلم من العلانيةِ[1] .

ثم ينسقُ اليمينَ ، وقال في « الأم » : الذي يعلمُ خائنةَ الأعينِ وما تُخفي الصدورُ ، وإن زادَ الحاكمُ : الطَالبُ الغالبُ ، الضارُ النافعُ ، المدركُ المهلكُ ، جازَ ، كما يفعله كثيرٌ من الحكام .

فإنْ اقتصرَ على إحلافهِ باللهِ ، أو (بصفةٍ)[2] من صفاتهِ ، كقوله : وعزةِ الله وعظمةِ الله ، جازَ .

وشدَّدَ بعضُ أصحابنا ، فقال : لا يجزيه إحلافُه بالله ، حتى يُغلّظها بما وصفناه ، ليخرج بها عن عادة الناس في معهود أيمانهم ، مما[3] يكثرونه في كلامهم من لغو اليمين ، هذا ما ذكره الماوردي أيضاً[4] .

وههنا بقيةُ كلامٍ ، وهو أنَّ القاضيَّ أبا الطيب قال : يُمكن حصرُ ألفاظِ الشافعي التي نص عليها في اليمين ، بقوله : والله ما برئ إليَّ من الحقِ ولا من شيء منه .

٢٥١ ـ **ونحن نقولُ :** يمكنُ أيضاً حصرُ الألفاظِ بقوله : والله ، إنّ ما أقرّ لي به باقٍ في ذمته إلى وقتي هذا ، أو بالله ، إني مقيمٌ على استحقاقه إلى وقتي هذا ، فهل يتعينُ ما ذكرَه القاضي أبو الطيب من نفي البراءة لتكونَ اليمينُ نافيةً لعين ما ادَّعاه المدعى عليه من البراءةِ لفظاً ومعنى ، أو يُكتفى

---

(١) الأم : ٦ / ٢٨٠ .

(٢) اللفظ من نسخة ف : وفي الأصل : صفة .

(٣) في نسخة ف : فيا .

(٤) سبقت الإشارة إلى أن هذا الوجه شاذ ، كما نقلناه عن الماوردي في (الحاوي الكبير ، مخطوط : ١٢ ق ١٤٢ / أ) ، وانظر : فقرة ٢٤٥

بحلفه بـالله ، إنَّـه بـاقٍ في ذمتـه ، أو إني مقيمٌ على استحقـاقـه إلى وقتي هـذا ، ويقومُ ذلـك مقـامَ نفي البراءة لـدلالـة ذلـك عليهـا معنى ، إذ يلـزمُ من بقـاء استحقاقه حتى الآن نفيُ البراءة قطعاً .

هذا عندنا (فيه)[1] احتمالٌ ظاهرٌ .

هذا كله كلامٌ في يمينِ المسلمِ والمسلمةِ تغليظاً وتخفيفاً .

[تغليظ اليمين على الكافر] :

٢٥٢ ـ أما الكافرُ الحالِفُ فالتغليـظُ أيضـاً مشروعٌ في حقـه لفظـاً كالمسلم ، فيُنظر : فـإن كان يهوديـاً أحلفـه بـالله الـذي أنزل[2] « التوراة » على مـوسى ، ونجاهُ من الغرق[3] .

وهذا اللفظُ يحلّفُ به في كل يمينٍ مُخففةٍ أو مُغلظةٍ ، ولا يُحلِّفه بأيمـانهم ، كقولهم : لاهيا شراهيا ، [٤١ / ب] ولا بالعشرِ كلماتٍ .

وتغليـظُ اليمين في حقِـه بـالمكانِ في بِيَعَهم ، وبـالـزمـانِ في أشرفِ وقت لصلواتهم .

[يمين النصراني] :

٢٥٣ ـ وإنْ كانَ نصرانياً أحلفهُ بـالله الـذي أنزل « الإنجيلَ » على عيسى ، الذي أبرأ له الأكمَهَ والأبرصَ ، وأحيي له الموتى بإذن الله .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : نافية ، أي بزيادة : نا ، وهو خطأ .

(٢) في الأصل زيادة ، وهي : أحلفه بالله الذي لا إلـه إلا هو أنزل ، ويوجـد فوق الجملـة سهم طويل ، وكأنـه إشارة إلى الشطب ، وهذه الزيادة ليست موجودة في نسخة ف ، ولا في (الأم : ٦ / ٢٨٠) .

(٣) نص الشـافعي على ذلـك ، بقولـه : وإن كان المستحلف ذميـاً أحلف بـالله الـذي أنزل التوراة على موسى ، وبغير ذلك مما يعظم اليمين به ، (الأم : ٦ / ٢٨٠) ، وانظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٧٣ ، حاشية قليوبي ، ٤ / ٢٤٠ .

وتغليظُ[1] اليمينِ في حقّه بالمكان في الكنائسِ ، وبالزمانِ في أشرفِ وقتٍ لصلاتهم .

[يمين المجوسي] :

٢٥٤ ـ وإنْ كانَ مجوسياً أحلفه بالله الذي خلقَه ورزقَه وصوَّرَه ، وهل يُحلِّفهُ[2] بالله الذي خلقَ النورَ والنارَ ؟ فيه وجهان .

فإنْ تغلظتِ اليمينُ عليه ، فأجلُّ الأمكنةِ عندَهم بيتُ النار ، فهل تُغلظُ به ؟ فيه وجهان ذكرهما الماوردي والمراوزة ، واختارَ القاضي أبو الطيب أنّهُ لا تغلظ عليه يمينه[3] به ، لأنَّهم لا يُعظمونَ بيتَ النار ، وإنّما يعظمونَ النارَ ، ولم يحكِ فيه خلافاً .

وأما الزمانُ فلا صلوات لهم مؤقتاتٌ ، بل لهم مزمةٌ[4] يرونها قُربةً ، فإنْ كانت مُؤقتةً أُحلفوا في أعظمِ أوقاتها عندَهم ، وإلا سقطَ عنهم تغليظُ أيمانهم من الزمان ، إلا أنَّهم يرونَ النهارَ أشرفَ من الليل ، لأنَّ النورَ عندهم أشرفُ من الظلمة ، فيحلفونَ في النهارِ .

[يمين الوثني] :

٢٥٥ ـ وإنْ كانَ الحالفُ وثنياً لم يُحلِّفهُ بما يعظمونه من الأوثان ، ولا بالذي خلقَها ، بل يحلِّفهُ بالله الذي[5] خلقَه ورزقه وأحياه .

---

(١) في نسخة ف : وتغلظ .

(٢) في نسخة ف : يحلف .

(٣) في نسخة ف : اليمين .

(٤) لعل ذلك اسم عبادة عندهم ، وقد تبادر للذهن أن تكون الكلمة محرفة عن أزمنة ، ولكن الجملة التالية تبعد هذا الاحتمال ، ولم أجد في القاموس والمصباح معنى لها ، وفي نسخة ف : مرتبة .

(٥) العبارة في نسخة ف : يحلفه بالذي ، وهذا ما يتفق مع نص الفقهاء ، (انظر : حاشية البجيرمي على الخطيب : ٤ / ٣٣٨) .

ويسقطُ تغليظُ أيمانهم بـالمكان ، إذ لا مكانَ لهم ، وبـالزمـانِ ، إلا أنَّ لهم يوماً يرونه أشرفَ الأيام ، فإن بَعُدَ أو تأخرَ[1] لم تؤخرِ اليمينُ .

[يمين الدهري] :

٢٥٦ ـ وإن كان الحالفُ دَهْرِيـاً ، لا يعتقـدُ خـالقـاً ولا معبوداً ، أحلفَـه بالله الخالق الرازق .

فإن قيل : فهو لا ينزجِرُ بها ، فما الفائدة ؟

قلنا : اثنتان ، إحداهُما[2] : إجراءُ حُكْمِها عليهم ، قال الله تعالى : ﴿ وأَنِ أُحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ ، ولا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ﴾[3] ، والثانية : ليزدادَ بهـا إثمـاً ، ويُدْرِكَه[4] شُؤمها ، فربما يتعجل بها انتقامٌ[5] .

٢٥٧ ـ فلـو أنَّ الحـاكَمَ حلّفَ اليهـودي بـالله الـذي أنـزل « الإنجيـل » على عيسى ، والنصراني بالله الذي أنزل « الفرقـانَ »[6] على محمـدٍ ، فـامتنعَ من اليمين بذلـك ، هل يصير نـاكلا ؟ فيـه وجهـان ، حكاهمـا الشيخُ أبو علي عن شيخـه القفال .

[حضور البيع والكنائس] :

٢٥٨ ـ قـال الشيخُ أبو علي : ولا خـلافَ أنَّ القـاضيَ يحضرُ بِيَـع اليهـود ، وكنائس النصـارى ، ليحلفَهم ، وهل يحضرُ بيتَ النـار ، ليُحلفَ المجوسَ ؟ فيـه

---

(١) العبارة في نسخة ف : وتأخر .

(٢) العبارة في نسخة ف : لشيئين ، أحدها .

(٣) سورة المائدة / ٤٩

(٤) في نسخة ف : ويناله .

(٥) في نسخة ف : فربما يتعجلونها انتقاماً .

(٦) من نسخة ف : القرآن .

وجهان ، وهذا قد ذكرناه . فهذا منتهى الكلامِ والنظرِ في اليمين وصفتها وكيفيتها .

[طلب المحضر] :

٢٥٩ ـ ويتصل بذلك أنّه مهما حلفَ الحالفُ ، وانتهت الخصومةُ بين المتداعيين بحلفِ أحدِهما ، فطلبَ الحالفُ من الحاكمِ أن يكتبَ له محضراً بما جرى عنده كَتَبَ ، وهل هو واجبٌ أو مُستَحَبٌ ؟ فيه وجهان[1] .

٢٦٠ ـ ويُستحبُ ذكرُ الحليةِ مع النَسَبِ ، ثم إنْ كانَ كلُ منهما معروفاً [٤٢ / أ] بالنسب عندَه كتبَ اسمَهما ونسبَهما وحضورَهما لديه ، وتداعيهما ، وما انتهت إليه خُصومتُهما ، حسبما وقع عنده[2] .

[صورة المحضر] :

٢٦١ ـ فيكتبُ بعدَ البسملةِ : حضرَ مجلسَ الحكمِ العزيز بمدينةِ كذا ، حرسها الله تعالى ، لدى الحاكمِ بها يومئذ فلان ، وسنذكرُ ما يليق (كتابته)[3] في ذلك جملة في موضعه إن شاء الله تعالى[4] ، بتاريخ كذا وكذا ، فلانُ بنُ فلان ، وأحضرَ ، فلانَ بنَ فلان بن فلان ، فادعى المبدوءُ بذكرِهِ على المثنى بذكره كذا ، ويصفُ دعواه ويحررها إلى آخرها ، وسؤاله التسليمَ إليه

---

(١) الوجه الأول وهو الأصح : الاستحباب ، لأن المحضر يذكر المحكوم له ، ويجب التسجيل جزماً في الحكومة لصبي أو مجنون أو غائب ، لهم أو عليهم ، والقول الثاني : الوجوب ، قياساً على وجوب الإشهاد إذا طلبه المدعي من القاضي بكتاب إقرار الخصم أو يمينه أو الحكم بما ثبت ، وعلى القول بالاستحباب يفرق بين الكتابة التي لا تثبت حقاً ، والإشهاد الذي يثبته ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٣٩٤ ، حاشية قليوبي : ٤ / ٣٠٤ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٤٧ ، الروضة : ١٢ / ٢٥) .

(٢) في نسخة ف نقص سطرين في هذا الموضع .

(٣) في الأصل : كتبته ، وهو تصحيف ، ولعله مكتوب حسب الخط في زمنهم بعدم كتابة الألف على الرسم العثماني في المصحف .

(٤) فقرة ٥٩٦ وما بعدها من هذا الكتاب .

والجواب ، فأجاب المدعى عليه بكذا وكذا ، فإنْ كان أنكرَ الدعوى وأحلفه على نفي استحقاق المدعى به ، وسَأله الحاكمُ (كتابةَ)[1] المحضر شارحاً فيه ماجرى بينهما ، ليبرأ عن اليمينِ التي حلفها في هذه الدعوى ، كتبَ له ذلك كذلك ، وإنْ كانَ اعترفَ بصدقِ المدعي ، في دعواه ، وسأله المدعي (كتابة)[2] المحضر ، شارحاً فيه اعترافَه له بذلك ، ليكونَ المحضر حجةً بيده ، حذاراً من إنكار المدعى عليه بعد ذلك ، كتبَ له ذلك .

٢٦٢ ـ هذا إذا عرفهما نسباً واسماً ، وإن لم يعرفهما فهو محل النظر والإشكال .

قال القاضي أبو الطيِّب الطبريُّ وتلميذُه الشيخُ أبو نصرٍ وغيرهُما : إذا سأله الحالفُ (كتابة)[3] المحضر كتب : حضرَ رجلٌ ، ذكرَ أنَّه فلانُ بن فلان ، ومن حليتِه كيتَ وكيتَ ، وأحضرَ رجلاً ، ذكرَ أنَّه فلانُ بن فلان ، ومن حليتِه كيتَ وكيتَ ، فادَّعى منْ ذكر أنه فلانُ (بنُ فلان)[4] على الآخر ، فأنكرَ ، فطلبَ إحلافَه ، فأحْلفْتُه ، أو فأقرَّ ، أو فنكلَ ، (ورُدّت)[5] اليمينُ على المدعي ، فحلفَ بإحلافي ، قالوا : ثم إذا طَلَبَ الحالفُ من الحاكمِ التسجيلَ بذلك ، والحكمَ له به ، أجابه إليه[6] وحكم .

٢٦٣ ـ هذا ملخص ما ذكروه ، وفي النفس من هذا شيءٌ ظاهرٌ ، وذلك أنَّ عقدَ هذا المحضر وحُكْمَ الحاكمِ على (المستحلِف للحالفِ)[7] ، أو على المقرِّ

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كتبه ، وهو تصحيف ، أو حسب قواعد الخط السابقة .
(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كتبه ، وهو تصحيف .
(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كتبه ، وهو تصحيف .
(٤) الزيادة من نسخة ف ، وساقطة من الأصل .
(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ورد .
(٦) في نسخة ف : أجابه في سؤاله .
(٧) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل تقديم وتأخير : الحالف للمستحلف ، وهو خطأ .

للمقَرِ له ، أو على الناكلِ عن اليمينِ للحـالفِ المردودة عليـه ، إذا لم يعرفهما هـذا الحاكم ، إنْ كان الغرض منـه تـذكُّرُ الواقعـةِ عنـدَ حضورِهـا ، والعلمُ بـأنهما همـا اللذان تداعيـا أولاً ، وجرى بينهما مـا شرحَ في المحضر ، ليعملَ الحـاكم بمـا جرى عنده ، إذا حضر لديـه بعـد عَلمِـهِ بمـا كانَ جرى عنـدهُ ، فهـذا غرضٌ صحيح ، وطريقٌ سائغ ، ومقصدٌ حسن .

وإن كان الغرضُ ـ من عقـدِ هـذا المحضرِ وتسجيلـهِ على الحـاكمِ بـالحكم على حليةِ منْ لا يعرفُـه ، لمن لا يعرفـه ـ المكاتبـةَ بـذلـك إلى بلـد آخر ، إذا غـابَ الحالفُ المدعى عليه مثلاً إليه ليستفيدَ به ، أنهُ إذا أحضرهُ المدعي المستحلِف إلى حاكمِ البلدة الثانية ، وادَّعى [٤٢ / ب] عليه بذلك المدّعى به في البلدة الأولى عنـدَ حـاكمهـا ، وأنكرَ ، وطلب إحـلافَـه ، فحلفَ ، أنْ يـذكر لحـاكمِ البلـدةِ الثـانيـةِ ، أنَّ معـه محضراً من حـاكمِ البلـدةِ الأولى ، يتضمنُ تـداعيَهما ، وإنكارَه واستحلافَه على نفي الدعوى ، وحكمَ الحاكمِ الأول بذلـك ، وتقومُ[1] بينـةٌ تشهـدُ على الحاكمِ الأول بذلك ، ليقابلَ الحاكمُ الثاني بين صفاتِ المتداعيين المـذكورةِ في المحضر ، وبين صفاتِهما المشاهدةِ ، ويعملُ بها إذا حصلَ إنكارٌ من المـدعي مثلاً ، قائلاً : لسنا (همـا)[2] الموصوفين في هـذا المحضر ، ولا طلبتُ من الحـاكمِ المسمى فيه إحلافَ هذا فحلفَ ، فالعمل في هذا على الحُليّ والصفاتِ في غايـة (البعـد و)[3] الإشكال .

وأشكلُ منـه ، مـالـو كان المـدعى عليـه المجهول المحلى في المحضرِ ، اعترفَ بالدّيْن المدّعى به ، عندَ الحاكمِ الأول ، فكتبَ للمـدعي محضراً بمـا جرى بينهما ، وباعترافِ المدعى عليه ، وحكَمَ عليه على حليتِه وصفتهِ في سجل عقدِ للمدعي ،

---

(١) في نسخة ف : ويُقيم .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : هنا .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

فأشهدَ عليه بذلك شهوداً ، فلو غابَ المقِرُ المحكومُ عليه إلى بلدةٍ أخرى ، فقصده المحكومُ له إليها ، وظفرَ به وحضرا عندَ حاكمها ، وادَّعى عليه بذلك الدَّيْن ، فأنكرَ ، فطلبَ إحلافَه منه ، فأحلفهُ ، فحلفَ ، فأحضرَ المدعي المحضرَ الذي بيده ، وأحضرَ بينةً شهدت عنده على الحاكمِ الأول باعتراف رجل ، من حليته كيتَ وكيتَ ، ذكرَ أنَّ اسمه فلانٌ بن فلان ، بكذا ، لرجل[1] من حليته كيتَ وكيتَ ، ذكر أنَّ اسمَّه فلانُ بن فلان ، فلو قالَ هذا المدعى عليه : لستُ هذا المقِرَ المحلى في هذا المحضر ، والصفاتُ تتشابه ، أو قال : أنا المقِرُ ، ولكن لرجلٍ آخرَ ليس هو هذا المدعي ، أو لم أذكرْ أن اسمي واسمَ أبي ماذُكر في هذا المحضر ، فما الذي يفعله هذا الحاكمُ الثاني بعدَ قيام البينة على الحاكمِ الأول بما في محضره وسجله ؟ لا سبيل إلى إلزامِ الخصمِ مع إنكاره ، وحَلْفِه وعدمِ بينة تشهدُ على عينه بإقراره ، ولا سبيلَ إلى إلزامِهما العودَ إلى الحاكمِ الأول ، بناءً على مقابلةِ الصفات المذكورةِ في المحضرِ بالصفات المشاهدةِ في خِلْقة المدعى عليه ، لأنه يقول : أنا مظلومٌ بدعوى هذا عليّ ، وليس له عليَّ حقّ ، والحليُّ تتشابهُ ، وقد حلفتُ على عدمِ استحقاقه ، فلا يجوز إلزامي مشقةَ السفر ، والتعطيلَ عن المعيشةِ ، والعودَ إلى حاكمٍ ببلدةٍ أنا مدعٍ أني لمْ أحْضرْ عنده ، ولا أقررتُ بشئ ، فالحريةُ تأبى هذا التكليف[2].

فهذا منه كلامٌ سائغ[3] ، وإلزامُه العودَ إلى الحاكمِ الأول في غاية البعدِ ، وربما لم يذهبْ إليه ذاهبٌ .

وهذا كله بخلافِ ما إذا ثبتَ عند [٤٣ / أ] حاكمٍ ملكيةُ زيدٍ لعبدٍ أو بهيمةٍ موصوفةٍ بصفاتٍ ، وكان ذلك بيدِ من يدعيه مِلكاً له في بلد آخر ، فإذا

---

(١) هنا نقص سطر كامل من نسخة ف .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ١٨٢ .

(٣) يحتمل اللفظ أن يكون : سائغاً وشائعاً .

ثبتَ عند حاكمِ بلدِ العبدِ الموصوفِ بصفاتٍ مشاهَدَةٍ قائمةٍ به ، إشهادُ[1] حاكمِ بلد المدعي أنَّ زيداً ، مالكَ العبد ، من صفته كيت وكيت ، وقوبلت تلك الصفاتُ بصفاتِ العبدِ المشارِ إليه ، فوافقت ، (ألزمَ)[2] من في يده العبدُ ، إذا أنكر استحقاق مدعيه الأول له ، حملَه إلى حاكمِ بلدِ زيدٍ مُدعيه ، حتى إذا حضرَ عنده أشار الشهودُ ، الذين شهدوا بأنه مِلكُ زيدٍ ، إليه عند الحاكمِ ، بأن هذا العبدَ مِلكُ زيدٍ ، وأنه هو الذي شهدوا على صفاته بأنه مِلكُ زيد .

٢٦٥ ـ والفرقُ بين المدعى عليه أولاً ، وبينَ المدعى به إذا كانَ عبداً ، من وجهين ، أحدُهما : أن العبدَ ملحقٌ[3] بالأموال في غالبِ الأشياء ، فالتحقَ بالبهيمةِ لكثرةِ تبدلِ الأيادي والأملاك[4] عليه بالبيع والشراء والهبات ، بخلافِ الحُر المدعى عليه .

الوجهُ الثاني في الفرق : هو أنَّ الحرَ المدعى عليه يُمكن في الغالب معرفةُ نسبه[5] بالاستخبار عنه ، والاستفاضة الشائعة بين الناس ، فهو على الجملة في مَظِنةِ العلمِ بنسبه ، بخلاف العبدِ ، فإنه لايمكنُ معرفةُ نسبه أصلا .

٢٦٦ ـ وظهر الفرقُ بينهما ، فثبت[6] بهذا أن عَقْدَ المحضرِ وتسجيلَه على مجهول بحليةٍ وصفةٍ ، عديمُ الجدوى على تقدير إنكاره ببلدٍ غيرِ بلدِ الحاكمِ الذي جرى التداعي لديه ، وهذا قريبٌ من شهادةِ الشاهد على رجلٍ مجهول ، لا يعرفُه عيناً ولا اسماً ولا نسباً ، اعتماداً على صفةٍ وحليةٍ ، فإنَّ كثيراً من

---

(١) اللفظ في نسخة ف : أشهد .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إلزام .

(٣) في نسخة ف : يلحق .

(٤) العبارة في نسخة ف : الأيدي والملاك .

(٥) في نسخة ف : نسب .

(٦) العبارة في نسخة ف : ويظهر الفرق بينهما فيثبت .

جهلة الشهودِ يَشهدون بذلكِ كذلك ، ومتى طُلِبَ منهم أداؤها على المشهود عليهِ في غيبته ، أو موتهِ ، بادروا إلى أدائهـا ، وهـذا لايجوزُ منهم قولاً واحـداً ، ولا تُسمعُ شهادتُهم على من لا يعرفونه نسباً واسما قطعاً .

٢٦٧ ـ هـذا لا أعرفُ فيـه خلافـاً ، والعلمـاءُ من الشهـودِ المتـورعـون[1] لا يشهـدونَ على مجهولٍ عنـدهم أصلاً ، خـوفـاً من الـوقـوع في مثـلِ ذلـك ، وإنْ وقعت منهم مساحـة في تحملِ شهـادةٍ على مجهولٍ بحليـةٍ وصفـةٍ ، فـإنمـا يفعلونَ ذلـك اعتمادا على أدائهم للشهـادةِ في حضـورِ المشهـود عليـه ، وعلى عينـه ، إذا تذكروا الشهادة عليه ، بما اعترف بـه عنـدهم ، ويكونُ ذكرُ الحليـةِ والصفـةِ في الكتاب أو الدستور مساعـداً على الـذكر ، ومعينـاً على حصول العلم ، بمـا سبق منـه من الإقرار ، وسنعقـدُ في هـذا فصـلاً حسنـاً إن شـاء الله تعـالى في أثنـاء الشهادات[2] .



(١) وفي نسخة ف : والمتورعين .

(٢) فقرة ٤٠١ وما بعدها .

الفصل الخامس

في

الدعوى على الغائب والقضاء عليه

٢٦٨ ـ لا خلافَ بيننا وبينَ أبي حنيفة رضي الله عنه في سماعِ الدعوى على الغائب في مسافةِ القَصْر[1].

٢٦٩ ـ وتُسمع الدعوى على الحاضرِ المُمتنعِ عندنا ، وكذلك المتغيبُ في البلدِ ، وهل تُسمع الدعوى على من هو في حد مسافة العَدْوى فما دُونها ؟ فيه خلاف[2].

٢٧٠ ـ وكذلك هل تُسمع الدعوى على الحاضر الذي ليس بممتنعٍ عن

---

(١) يرى الحنفية عدم جواز القضاء على الغائب عن مجلس القضاء مطلقاً ، سواء كان غائباً في مسافة القصر أو في مسافة العدوى ، أو ممتنعاً عن الحضور ، أو متغيباً في البلد ، ويشترطون في الدعوى حضور الخصم بنفسه ، ولا يحكم على الغائب إلا في صور معينة استثناء للضرورة أو الحاجة ، قال ابن قاضي سماوة في (جامع الفصولين : ١ / ٥٣) : الحكم على الغائب لم يجز عندنا سواء كان غائباً عن المجلس حاضراً في البلد أو غائباً عن البلد ، ونصت (مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٦١٨) : على أنه يشترط حضور الخصم حين الدعوى ، (وانظر : مرآة المجلة : ٢ / ٣٧٢ ، ٥٢٨ ، درر الحكام : ٢ / ٤١٠ ، بدائع الصنائع : ٨ / ٣٩١٨ مط إمام ، معين الحكام : ٥٣ ، الدر المختار : ٥ / ٥٤٣ ، لسان الحكام : ١٨ ، نظرية الدعوى : ١ / ٢٤٧ ، ٢ / ٤٧٢ ، وما بعدها) ، ولذلك فإن عبارة المصنف غير دقيقة .

(٢) حد الغيبة عند الشافعية لجواز القضاء به على الغائب فيه قولان ، الأول : هو مسافة القصر ، والثاني وهو الأرجح : مسافة العدوى ، وهي المسافة التي يقطعها الشخص ذهاباً وإياباً إذا خرج من بيته مبكراً عاد إلى أهله في نفس اليوم الذي خرج فيه ، ومقدار مسافة القصر هي مسير يوم وليلة بالنسبة للزمن ، أو أربعة بُرْد بالنسبة للمساحة ، والبريد اثنا عشر ميلاً ، والميل ثلاثة آلاف وخمسمائة ذراع ، والذراع : ٥٣ سنتيمترا ، فتكون مسافة القصر بالأمتار ٨٩٠٤٠ متراً ، (انظر : دليل المسافر ، أحمد بك الحسيني : ٢٢ ، ٢٣ ، ٢٨ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤١٤ ، شرح المحلي : ٤ / ٣١٢ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٧٩ ، جواهر العقود ، الأسيوطي : ٢ / ٣٦٠ ، الروضة : ١١ / ١٧٥ ومابعدها) .

الحضورِ ولا متغيبٍ ؟ فيه خلافٌ ، الصحيحُ أنَّها لا تُسمع[1] .

٢٧١ ـ وهكذا سماعُ البينة عليه والحكمُ عليه فيه خلاف ، ثم مَنْ ادَّعى على غائبٍ أو متغيب أو مُمتنعٍ ، فهل يُشترطُ بعدَ صحة دعواه بالحقِ المدعى به أنْ يذكرَ إنكارَ الخصمِ الغائب ؟ فيه وجهان مشهوران ، العملُ على أنه يَذكرُ ليُقدَّرَ منكرا ، حتى تقوم البينةُ على مِنكرٍ ، إذ لا وقعَ لها على معترفٍ[2] .

[نصب المسخر] :

٢٧١ / ٢ ـ فإذا نُجِّزتْ دعواه ، هل يحتاج الحاكمُ في جوابها إلى نَصْبِ مُسَخَّرٍ يأذنَ له القاضي في الجواب عن الغائبِ ؟ فيه وجهان مشهوران أيضا .

قال الشيخ أبو علي : الأصحُ عدم النَصْب[3] ، والمختارُ النصبُ[4] ، لأنَّ الدعوى تستدعي جواباً ، وقد تَعذَّرَ جوابُ الغائبِ ، فمن يَنْصبه الحاكمُ يقومُ مقامَهُ منكراً ، إذ أسوأُ أحوالِ الغائبِ الإنكارُ .

[حالات المدعي] :

٢٧٢ ـ فإذا أجاب المسُخَّرُ بالإنكارِ سُمعتْ بينةُ المدعي بالحق المدعى به ،

---

(١) جواهر العقود : ٢ / ٣٦٠ ، المهذب : ٢ / ٣٠٤ ، المراجع السابقة .

(٢) والراجح من القولين عدم اشتراطه ، لأنه لو سكت وأطلق دعواه ، فالأصح أنها تسمع ، لأنه قد لا يعلم جحوده وإنكاره في غيبته ، ويحتاج إلى إثبات حقه ، فيجعل غيبته كسكوته ، والقول الثاني : يشترط ذكر الإنكار ، وإذا أطلق دعواه فلا تسمع ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٧ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠٨ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٣٦٨ ، الروضة ١١ / ١٧٥) .

(٣) وهو ما عليه المحققون في المذهب ، قال النووي رحمه الله تعالى : والأصح أنه لا يلزم القاضي نصب مسخر ينكر على الغائب ، انتهى ، لأنه قد يكون الغائب مقراً فيكون إنكار المسخر كذباً ، والقول الثاني في المذهب يلزم القاضي نصبه لتكون البينة على إنكار منكر ، وذكر العبادي وغيره ، بناء على القول الأول ، أن القاضي مخير بين النصب وعدمه ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٧ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٠٨ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٦٩ ، الروضة : ١١ / ٧٥) .

(٤) وأيّد هذا القول الشيخ قليوبي ، وقال : والمعتمد أنه مستحب ، (حاشية قليوبي : ٤ / ٣٠٨) .

فإنْ كانت عادلةً ، أو ثبتَ تعديلُها عند الحاكم ، فللمدعي أربعُ[1] أحوال :

الحالـة الأولى : أن يطلبَ من الحـاكمِ القضـاءَ على الغـائب ، وبيعَ ما يثبتُ له في بلدِ الحكم من عقـار ، ووفـاءَ الـدين منـه ، أو وفـاءَ الـدينِ من مالٍ يثبتُ أنه للغائب ، أو تسَليمَ العينِ المـدعى بهـا ، إن كانت الـدعوى وقعت بعينٍ .

الحالة الثانية : أنْ يَطلبَ من الحـاكمِ الإشهـادَ عليـه بثبوتِ الحقّ عنـده من غير حكم .

الحالة الثالثة : أنْ يَطلبَ منه نقلَ شهادةِ البينة الشاهدةِ عنده إلى بلـد الغائب .

الحالة الرابعة : أنْ يَدعيَ عنده منقولاً غائبـاً موصوفـاً بصفـات السَّلَم ، كمِلك عروضٍ أو عبدٍ أو أمةٍ أو حيوانٍ .

[طلب القضاء على الغائب] :

الحالة الأولى : طلب القضاء على الغائب :

٢٧٣ ـ والمذهبُ المقطوعُ به في الصحة جوازُ[2] القضاء على الغـائب ، وفيـه قولٌ قديمٌ أنّه غيرُ جـائز ، وهو مـذهبُ أبي حنيفـة ، مـا لم يكنْ لـه تعلقٌ بحقّ خصم حاضر[3]، وذلك في مسائل .

ـ منها أن يقذفَ عبداً ، وسيدُه غائبٌ ، فيقيمُ العبدُ بينـةً على سيـدهِ أنّـه أعتقه ، فيقضي على الغائِب بذلك ..

---

(١) الحال صفة الشيء ، يذكر ويؤنث ، ولذا صح لفظ العدد بالتذكير ، وفي نسخة ف : أربعة .

(٢) العبارة في نسخة ف : والمذهب المقطوع به صحة جواز .

(٣) سبق بيان مذهب الحنفية ومراجعهم صفحة ٢٧٨ هامش ١ .

ـ ومنها أن يدّعي على حاضرٍ أنّه ضَمِنَ عن غائبٍ [٤٤ / أ] مالاً ، أو أنَّ الغائبَ أحاله بما (له)[1] في ذمته على هذا الحاضر ، فيقضي على الغائب .

ـ ومنها : أنْ يدعي أنَّ الغائبَ باع شِقْصاً من هذا الحاضرِ ، وله فيه شُفْعةٌ ، فيقضي على الغائبِ بالبيع .

ـ ومنها : القضاءَ على الزوجِ الغائب بنفقةِ زوجتهِ وأولادهِ وعبدهِ حتى يُباعَ العبدُ في نفقتهم ، ويستوفي أيضاً دينَه ، إنْ كان له دين ، أو يُباعُ عقارٌ يثبت[2] أنه مِلكٌ للغائب في نفقتهم .

ـ ومنها : الحكم على الغائبِ بنفقةِ حيوان غابَ عنه .

٢٧٤ ـ وهذا القولُ الموافقُ لمذهبِ أبي حنيفة في منعِ القضاء على الغائب في غيرِ هذه المواضع لا تفريعَ عليه ، فإذا فرّعْنا القضاءَ على الغائب مطلقاً ، فإنما يحكم (على المدعى عليه)[3] بعد سؤالِ المدعي وإحلافِه للحكم .

وقد سبق ذكر الخِلاف في استحقاقِها واستحبابها ، وكيفيةِ اليمين وتغليظها[4]، فإذا أحلفَه ، وسأله الحكمَ ، وجبَ عليه أن يحكمَ ، فيقولُ : حكمتُ بذلك ، (أو قضيت به ، وألزمت)[5] الغائبَ ذلك .

قال الشيخُ أبو نصر : يقولُ : أنفذتُ الحكمَ به ، ويُشهدُ عليه به ، فإنْ طلبَ بعدَ ذلك أنْ يُسجلَ له بكاغَدٍ[6] من بيت المال (حاضراً)[7]، أو من عند

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وساقط في الأصل .

(٢) في نسخة ف : ثبت .

(٣) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : عليه للمدعي .

(٤) فقرة ٢٤٣ من هذا الكتاب .

(٥) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : وقضيب به أو ألزمت .

(٦) الكاغَد بفتح الغين وبالدال المهملة وربما قيل بالذال المعجمة ، وهو معرب ، وهو القرطاس . القاموس المحيط ، والمصباح المنير في مادة كغد .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : حاضر .

المحكوم لـه ، هل يُلزم القـاضي أن يُسجلَ لـه بمـا ثَبَتَ عنـدَه وحكم بـه ؟ فيـه وجهان[1].

[بيع عقار الغائب] :

٢٧٥ ـ فإن طلبَ من الحاكم بيعَ عقارٍ للغائب ، في وفاء دينه المحكومِ بـه ، وليس له فيا عَلِمَه مالٌ آخر ، باعَ القاضي من عقاره ما يقضي به الدَّيْن ، بعـد ثبوت ملكية الغائب له ، أو اعتراف من هو في يده ، أنه مِلك الغـائب ، وإن كان له بـالبلـد مـالٌ وعُروضٌ وحيوانٌ وعقـارٌ قَضَى الـدينَ من المـال ، ثم بـاعَ الحيوانَ ثم العُروضَ[2] بقدرِ وفاء الـدين ، وأمرَ الكاتبَ بكتبِ[3] سجلٍ ، يشرحُ فيه ثبوتَ الدين ، والحكمَ به ، وبيعَ ما قضى به الدين ، وتَرَكـهُ في ديوانِ الحكمِ للغائب ؛ لتؤمن[4] دعوى هذا المدعي ، في وقت آخر ، عند حاكم آخر .

وسنذكرُ كيفيةَ الكتابة في قسم الشروط الحكمية إن شاء الله تعالى[5].

الحالة الثانية : [طلب الإشهاد على الغائب بالثبوت] :

٢٧٦ ـ أنْ يطلبَ منَ الحاكمِ الإشهادَ عليه بثبوتِ ذلـك عنـدَه من غيرِ حكمٍ فلـه ذلـك ، وعلى الحـاكمِ الإشهـادُ بـه ، وهـل يجبُ إسْجـالُـه إن طلبَ ؟ فيــه وجهان ، وقد ذكرنا فيا تقـدم أن الثبوتَ المجردَ ، هل هو حكمٌ أم لا ؟ والمختـارُ أنه ليس بحكم ، وأشبعنا القولَ فيه[6].

---

(١) المهذب ، الشيرازي : ٢ / ٣٠٦ ، الروضة : ١٢ / ٢٥ .

(٢) في نسخة ف : ثم باع العروض .

(٣) في نسخة ف : يثبت .

(٤) في نسخة ف : ليوفر .

(٥) فقرة ٥٩٦ من هذا الكتاب .

(٦) فقرة ١١٨ وما بعدها من هذا الكتاب .

وحكى القاضي أبو الطيب وتلميذُه الشيخُ أبو نصر : أنَّ الشيخَ أبا حامد الإسفرايني قال في نقلِ الشهادة : لا يقولُ القاضي الكاتبُ : ثبتَ عندي ، لأنَّ ثبوتَه [٤٤ / ب] عندَه حكمٌ به ، واختارَه الشيخُ شرفُ الدين ابنُ أبي عصرون .

[هل الثبوت حكم] :

٢٧٧ ـ وقال الماوردي : هل الثبوتُ حكمٌ ؟ فيه وجهان ، أحدُهما : (قاله)[1] الشيخ أبو حامد الإسفرايني : هو حكمٌ ، والوجه الثاني ، وهو أصحُ[2] عندي : أنه لا يكونُ حكما ، لأنَّ الحكمَ هو الإلزامُ ، وليس في الثبوتِ إلزامٌ ، فلا يكون الثبوتُ حكما[3] .

واختار الشيخُ أبو إسحاق أن الثبوت ليس بحكمٍ .

الحالة الثالثة : [طلب نقل البينة] :

٢٧٨ ـ أن يَطلبَ منه نقلَ البينةِ التي شهدت عندَه ، وذلك إذا ادّعى المُدعي بالحقّ على غائبٍ ، وأقامَ عنده بينةً بذلك ، فتارةً تكون البينةُ عندَه عادلةً ، وتارةً لا تكون كذلك ، فيكتبُ إلى قاضي بلدِ الغائبِ بما جرى عنده من الدعوى وسماع البينةِ .

ثم إنْ كانت عادلةً عنده ذكرها وذكرَ صفة عدالتهم ، ولا بدَّ من ذكرِ الشهود ووصفِهم بالعدالة ، إنْ كانوا عنده من المُعَدَّلين ، وإنْ لم يكونوا مُعدلين عنده كتبَ أنهم أدوا الشهادة عندَه بذلك ، وسمعها فقط ، وفَوَّض أمرَ تعديلهم إلى المكتوب إليه .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : قال : ولفظ الماوردي ، قاله ، (أدب القاضي : ٢ / ١٠٣) .

(٢) في نسخة ف : الأصح ، وما في المتن موافق لنص الماوردي ، (أدب القاضي : ٢ / ١٠٣) .

(٣) أدب القاضي ، له : ٢ / ١٠٣ ، وانظر : فقرة ١١٨ ، ٢٧٦ .

قـال الإمـام : اتفق الأصحـابُ على أنَّ القـاضي إذا سمع بينـةَ المـدعي على الغائبِ ، ولم يقض بهـا ، كتبَ بهـا إلى قـاضي الغـائب ، أني سمعت البينـةَ على الغائب بعد دعوى المدعي ، ويَذكرُ المدعي بـاسمـه ونسبـه[1]، وكـذلـك المـدعى عليه ، ويَذكرُ الشهودَ وأسماءَهم ووصفَهم بعدالةٍ[2]، إنْ ثبتت عنـده ، أو بسماعِ[3] شهـادتهم من غير قبـولِهـا ، إنْ لم تثبت عـدالتهم عنـده ، ثم يقـولُ : وفـوّضتُ القضاءَ إليك[4].

قـال الإمـام : اتفـق الأصحـاب على جـوازِه في الطرق ، وسـاعـد عليـه أبو حنيفة[5]، وفيه إشكالٌ ، فـإن سبيلَ هـذه سبيلُ شهـادةٍ على شهـادةٍ ، فكأنَّ القاضي شاهدُ فرعٍ على شهادةِ أصلين ، ودليلُ هذا عـدمُ قبول شهـادةِ النقل فيما دونَ مسافةِ القصر على رأي ، ودون مسافة العَدْوى قولاً واحداً[6].

قال الإمـام : قـال القـاضي : هـذا غيرُ منصوصٍ عليـه للشـافعي رضي الله عنه ، والقياس أنْ لا يثبتَ بقول القاضي وحدَه شهادةُ شـاهـدين ، إذ الشهـادةُ لا تثبتُ بقول واحد .

قـال الإمـام : هـذا ، والـذي[7] ذكره القـاضي ليسَ مـذْهبـاً ولا وجهـاً

---

(١) العبارة في نسخة ف : ويذكر اسم المدعي ونسبه .

(٢) في نسخة ف : بالعدالة .

(٣) في نسخة ف : سماع .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ١٧٨ .

(٥) يتفق الحنفية مع الشافعية في هذه الصورة ، رغم اختلافها في جواز الحكم على الغـائب ، وذلـك أن الحنفيـة اعتبروا ذلـك ابتـداء حكم في الظـاهر ، وهو نقل الشهـادة في الحقيقـة ، قـال الحصكفي : وإن لم يكن الخصم حـاضراً لم يحكم ، لأنـه حكم على غـائب ، وكتب الشهـادة إلى قـاض يكون الخصمَ في ولايتـه ليحكم القـاضي المكتوب إليـه بهـا على رأيه .. لأنه ابتداء حكم ، وهو نقل الشهادة في الحقيقة ، ويسمى الكتاب الحكمي ، (انظر : حـاشيـة ابن عـابـدين على الدر المختار : ٥ / ٤٣٣ ، درر الحكام : ٢ / ٤١٢ ، معين الحكام : ١١٥) .

(٦) هذا على اعتبار وجود قولين في تفسير الغائب عند الشافعية ، كما أشرنا إليه في فقرة ٢٦٨ .

(٧) في نسخة ف : وهذا الذي .

مُخَرَّجاً ، وإنما هو إبداءُ إشكال ، والذي أجمعَ عليه الأصحابُ[1] أنْ قالوا : سماع البينة من القاضي حكمٌ منه بقيام البينة ، والحكمُ على مذهبنا ليسَ افتتاحَ أمرٍ ، وإنشاءَ شأنٍ ، وإنما هو إظهار ما تعذرَ ممن هو مُطاعٌ متبَعٌ ، فإذا حكم على زيد فمعناه ظهرَ له وجوب الحق عليه لعمرو ، والشرع ألزمَه اتباعَه ، فكذلك إذا ظهرتِ البينةُ فأظهَرها ، كان ذلك حُكماً منه في هذا الركن ، [٤٥ / أ] فإذاً نستجيز[2] القولَ بأنَّ هذا حكمٌ أو نقلٌ ، فإن أحببنا قلنا : قضاءٌ مشوبٌ بالنقل ، أو نقلٌ مشوبٌ بالقضاء ، وأسَدُّ العبارات أنْ نقولَ : قضاءٌ مشوبٌ بالنقل .

فهذا[3] ما ذكره الإمام ، وهو في غاية الحسن[4] .

[هل سماع الشهادة حكم] :

٢٧٩ ـ وليسَ لقائل أنْ يقولَ : هذا لا يخلو : إما أن (يكون)[5] سماعُ القاضي الشهادةَ حكماً منه بما جرى عنده ، فينبغي أنْ يقبلَ هذا الحكم منه في قصير المسافة وطويلها[6] ، كالحكمِ بالحق المشهودِ به ، ولا سيما إذا كانوا مُعَدلين عنده ، فيكونُ قضاءً منه بتعديلِهم ، فيلحقُ بكلِّ حكمٍ صدر منه ، وإن لم يكن حُكما منه بشيء ، بل مجردُ إخبارٍ منه أن البينةَ شهدتْ عنده بذلك ، كان ناقلاً لشهادتهم ، فيصيرُ كشاهدِ فرعٍ ينقلُ شهادةَ شاهدِ أصل[7] .

---

(١) العبارة في نسخة ف : والذي اجتمع الأصحاب عليه .

(٢) في نسخة ف : استجيز .

(٣) في نسخة ف : هذا .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ١٧٨ .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كان .

(٦) في نسخة ف : قصر المسافة وطولها .

(٧) في نسخة ف : فيصير كشاهد فرع ينقل شهادة أصل .

٢٨٠ ـ ولا عهدَ لنا بقَبولِ شهادةِ[١] فرعٍ واحد على أصلين ، لأنَّ الإمام قد أجابَ عن هذا ، فقال : إنه قضاءٌ مشوبٌ بنقل ، أو نقلٌ مشوبٌ بقضاء ، وهذا كلامُ فقيهٍ ، لطيفُ المعنى ، وذلك أنَّ النقلَ المتمحضَ نقلاً هو شهادةُ شاهد فرعٍ ، ليس بقاضٍ ، على شاهدِ أصل ليس بقاض ، فهذا محضُ شهادة على شهادة ، يُعتبر فيها ما سنذكره في باب الشهادة على الشهادة إن شاء الله تعالى[٢] ، فهو مخبرٌ محضٌ ، له شروطٌ ، والمخبرُ ليس أهلاً لحكم ، ولا لقضاء ، ولا لثبوتِ شيء عنده ، والمتمحضُ حكماً ثبوتُ الحقِّ عندَ الحاكمِ بطريقه الشرعي ، وحكمِه[٣] به ، ونقلُ الحاكمِ شهادةَ مَنْ شهدَ عنده بحقٍ ليس بشهادةٍ على شهادةٍ قطعاً ، لأنه (لا يُشترط)[٤] فيها ما يشترط في الشهادة على الشهادة بلا خلاف ، وليس بحكمٍ محض ، كالحكم بالحق المدّعى به ، لا شكَّ فيه ، لكنّه أخذَ شبهاً يسيراً من باب الشهادة على الشهادة ، وشبهاً من الحكمِ ، فصارَ قضاءً بسماعِ البينة ، لكنه مشوبٌ بنقلِها ، أو نقلاً للبينةِ ، لكنه مشوب بقضاءٍ ، لأنه أهلٌ للقضاء .

٢٨١ ـ وقوله : شهدَ عندي فلانٌ وفلانٌ بكذا ، قضاءٌ منه بما ذكره عنها ، وقوله : لو كانَ حكماً لقُبل في المسافةِ القريبة ، كحكمه بالحق المدعى به ، فلمّا لم يُقبل ، دلَّ على أنّه شهادةٌ على شهادةٍ .

قلنا : لسنا نُسَلِّم ذلك ، (لأنه)[٥] إذا ثبتَ الحقُّ عندَه ، وتلفَّظَ بالثبوتِ بالبينةِ ولم يَحْكم ، لم يُقبل في المسافة القريبة عندنا ، إذا قُلنا : إنَّ

---

(١) العبارة في نسخة ف : ولا عهد لنا بقول شاهد .

(٢) فقرة ٤٣٣ من هذا الكتاب .

(٣) في نسخة ف : بطريق شرعي وحكم .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يشترطِ ، وهو خطأ ، لأنه لا يتفق مع المعنى .

(٥) اللفظ من نسخة ف : وفي الأصل : فإنه .

الثبوتَ ليس بحكم ، ومع ذلك يُقبل بقوله وحدَه بالإجماع ، دلَّ ، والحالةُ هذه ، على ما ذكرناه ، وإنما في بعض ما ذكره الإمام نظر ، وهو قوله : الحكم في مذهبنا ليس افتتاح أمرٍ ، وإنما هو إظهار ما تعذرَ ، فإذا حكَم على زيدٍ لعمروٍ ، فمعناه ظهرَ له وجوبُ الحق على زيدٍ لعمرو ، والشرع ألزمَه اتباعَه .
[٤٥ / ب]

هذا كلامُه ، وهو عندي مُشْكلٌ ، فلسنا نُسَلّم ما ذكرَه ، بل الحكُم افتتاح أمرٍ لم يكن ، وإظهار ما تعذَر ، إنما هو ثبوتُ الحقّ بالبينةَ ، لأنا نعتقدُ أنَّ الثبوتَ ليسَ بحكمٍ ، وأنَّ الحكمَ أمر وراءَ الثبوتِ ، فالحق ظهرَ بالبينة ، وظهرَ أنَّ لزيدٍ على عمرو درهماً مثلاً مشهوداً به ، فإذا ثبتَ الحقُّ عنده ، وتلفظَ بالثبوتِ لم يَجزْ له التلفظُ به إلا بعدَ ظهوره عندَه ، بقَبولِ الشهود ، وثبوتِ عدالتِهم عنده .

ثم بعدَ ظهوره عندَه إذا حكَم به ، فليس معناه ظهرَ له وجوبُ الحق ، بل معناه قضى على الخصم به ، أو ألزمه به ، أو حكم عليه به ، وظهورُه حصلَ بثبوتِه بالبينة قبل الحكم به ، ودليلُ هذا ترتبُ أحكامٍ كثيرةٍ على الحكم ، لم تترتبْ على ثبوته قبلَ الحكمِ به ، مع أنَّ الحقَّ قد ظهر بالبينةِ العادلةِ بلا إشكالٍ .

فهذا ما عندنا من هذا النظر[1] ، فيما ذكره الإمام .

الحالة الرابعة : [دعوى مِلك العُروض] :

٢٨٢ ـ أنْ يَدَّعي عنده أنّه مالكٌ (العرَضَ)[2] الذي من صفته كذا ، أو

---

(١) العبارة في نسخة ف : فهذا ما عندي في هذا من النظر .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وهو المتاع ، وفي الأصل : العروض ، بالجمع ، وهذا لا يتفق مع وصفه بالمفرد بعده .

عبداً أو أمةً من صفته كذا ، ثم تارةً يدعي أنه مالكٌ لذلك ، وأنّه في يد فلان بن فلان الغائب ، وتارةً يدعي مِلكيته مطلقاً من غير تعيين الغائب الذي هو في يده ، فهل تُسمع الدعوى بالمنقول الموصوف الغائب ، سواء ذَكرَ أنَّ فلاناً الغائب سَرَق ذلك منه ، أو اغتصبه ، أو استعاره ، أو لم يذكره ، لكنْ يَنْصبُ مديراً يَدّعي عليه به ؟

[نصب مدير عن الغائب] :

٢٨٣ ـ وقد اصطلح حكامُنا على المدير ، والدعوى عليه ، والمدير عند بعض الشروطيين الفقهاء هو الوكيلُ عن المدعى عليه في سماع ما يُدَّعى عليه ، ورد الجواب عنه لمن يلْتمس ثبوتَ إقرارِه ببيعٍ ، أو هبةٍ أو وقفٍ أو إقرارٍ بدين أو بعقارٍ ، أو إجارةٍ بالتسجيل عليه ، وهذا مما وضعه المتأخرون من أصحاب أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، للخروج من الخلاف في القضاء على الغائب[١] ، واحترازاً من إبطالِ الحقوقِ بطولِ[٢] الزمانِ عليها ، وحدوثِ الموتِ ، وربَّما كانَ عندَ المقِرّ كِبْرٌ ورعونةٌ يستحثُه[٣] على الترفعِ عن حضورِه إلى مجلس الحكامِ ، ومساواةِ خصمه المدعي ، فينصبُ له وكيلاً ، سموه مُديراً ، يُجيبُ عن الدعاوي التي يُدَّعى عليه بها .

ومنهم من قال : المديرُ هو أنْ يَدَّعي المُدعي أنّه مالكٌ مثلاً لجميع العبدِ

---

(١) نقل ابن قاضي سماوة عبارات فقهاء الحنفية ، فقال : القاضي ينصب عن الغائب خصماً ويحكم عليه ، وقال : لا ينبغي للقاضي أن يحكم للغائب بلا خصم ، كا لا يحكم على الغائب ، إلا أن مع هذا لو وكل وكيلاً وأنفذ الخصومة بينهم جاز ، وعليه الفتوى ، (جامع الفصولين ، له : ١ / ٥٣) .

وتفسير المسخر أن ينصب القاضي وكيلاً عن الغائب ليسمع الخصومة عليه ، وإنما يجوز نصب الوكيل عمن اختفى في بيته ، بعد ما نادى أمين القاضي على باب داره ثلاثة أيام ، والحكم على المسخر يجوز ، وقيل : ينبغي أن تكون هذه المسألة على روايتين ، (المرجع السابق : ١ / ٥٤) .

(٢) اللفظ في نسخة ف : ويطول .

(٣) في نسخة ف : تستحثه .

الأرمني أو التركي الذي من صفتِه كيت وكيت ، وأنَّ قيمتَه كذا وكذا ، وأنـه في يدِ هذا الحاضرِ على سبيلِ الغَصْب والعُدوان ، وأنّه يطلبُ تسلمَه منه ، ويسـألُ القاضي أمرَه بتسليمه إليه ، وجوابَه عن دعواه ، فالقاضي[1] يقول للمدعى عليه : ما تقول في دعواه ؟ فيُجيبه بالإنكار ، فيقيمُ المدعي البينة .

فهذا المدعى عليه [٤٦ / أ] المجيبُ يُسمى مُـديراً ، مشتقـاً من أنَّ بجوابـه دارت القضايـا عنـد الحكام ، إذ لولا جوابُ المُـدعى عليـه لمـا سُمع من المـدعي دعوى لا على مدعى عليه .

واصطلح الحكامُ عليـه مـع مـا فيـه من كـذبِ المـدعي ، وكـذب المـدعى عليه ، وعلمِ القاضي بذلك .

لكن قيـل : إن القـاضي حسين قـال : هـذا كـذبٌ محطـوط[2]، إذ عُلم أنَّ القصـدَ منـه التوصلُ إلى إثبـات الحقوق بمـا لا ضررَ فيـه ، ولا مقصودَ منـه إلا ترويجُ إثباتِ الأحكام[3] ، والتسجيلُ على الحكام .

٢٨٤ ـ وعندي في هذا نظرٌ ظـاهرٌ ، إذ يمكنُ التخلصُ من هـذا الكـذبِ الذي لا ضررَ في تركِه وارتكابه ، ولا حاجةَ إليه لإخافةٍ بـه[4]، ولا مـا دونهـا ، وهـو أنْ يكلفَ المـدعي إحضـارَ المـدعى عليـه ، إنْ كانَ حـاضراً مقـدوراً على إحضـاره ، وإنْ كان غـائبـاً فللمـدعي طرقٌ في استعـلام الغـائبِ المستـولي على ملكه ، وكشف حاله واستخبار اسمِه ونسبه ، فـإذا حصلَ علمُـه بـذلـك ، ادعى عليه حقيقة ، وخَلَصَ من التورُّط في الكذب .

---

(١) في نسخة ف : فللقاضي أن .

(٢) قـال الشيخ قليوبي في (حـاشيتـه : ٤ / ٣٠٨) : « وجـاز إنكـار مسخر ، وإن كان كـذبـاً ، للمصلحـة » ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٧٥ .

(٣) في نسخة ف : الحقوق .

(٤) في نسخة ف : لا جافة ، وقد تكون الكلمة : لإجابة ، أي لإجابة الدعوى .

فهذا أولى عندنا من الهجوم على كذبٍ منْ مُدَّعٍ ومن مدعى عليه بجواب ، مع علم القاضي بكذبها ، وقد شاهدنا مرة ، وسمعنا مراتٍ كثيرةً أنَّ دأبَ الوُكلاء ببلدان كثيرة بالشام والعراقِ إثباتُ كتبٍ تضمنت ابتياعَ عقاراتٍ من بائعيها ، وقبضَ البائعِينَ الأثمانَ ، وتسليمَ المشتري المبيع من بائعه ، بالدعوى على من كان حاضراً معهم في المجلس .

فكلٌّ وكيلٍ يدَّعي على وكيلٍ آخر ، ويَفي الآخر لصاحبه بالجواب .

هذا مع حضور المتبايعين بالبلد ، وإمكانِ إحضارهما إلى مجلس الحكم ، واستنطاقِها بالتوكيل ، بأنْ يُوكلَ المشتري وكيلاً مُثْبتاً ، والبائع يوكل وكيلاً مجيباً نافياً ، حتى تقوم البينةُ على وكيل المدعى عليه : ثابتِ الوكالة ، منكرٍ .

وما سببُ اصطلاحهم على هذا ، واتفاقِهم عليه إلا علمُهم بموافقة كل واحد من المتبايعين وتصديقها لما جرى بينها ، وعلم البائع أن المشتري يرومُ إثباتَ شرائه ورضاه بذلك ، وأنَّ البائع لو حضرَ وسُئل عما جرى بينها لصدّقه ، فاكتفى الوكلاءُ بهذا القدرِ ، وسامحهم الحكام به .

وهذا قريبٌ من إقامة البينةِ على البائعِ الحاضرِ ، بأنّه وكلَّ زيداً في الجواب ؟ مع إمكانِ حضورِه في المجلس ، وتكليفه الاعتراف بالوكالة عند الحاكم ، فإنّه قد سُمعت[1] البينةُ بالتوكيل فقط قولاً واحداً ، مع حضوره بالبلد ، ولم يخرج على الخلاف في جواز سماع الدعوى على حاضر من غير حضوره ، أو حضور وكيله .

قال الأصحابُ : سُمِح بهذا في الوكالات فقط لما ذكرناه . [٤٦ / ب]

---

(١) في نسخة ف : سمع .

[الدعوى على حاضر بدون إحضاره] :

٢٨٥ ـ وأصلُ هذه المسامحةِ في هذا كلِه وقوعُ الخلاف في جوازِ سماعِ الدعوى على الحاضرِ من غيرِ إحضارِهِ مجلسَ الحكم ، وكلٌّ ما وقع الخلافُ فيه بين الأئمةِ فهو في الجملة في محل المسامحة .

(عُدْنا)[1] إلى المقصودِ ، فإذا ادّعى أنّه مالكٌ العَرَضَ الفلاني الذي من صفتِه كيت وكيت ، الغائبِ عن هذا البلدِ ، أو العبدِ الفلاني الذي من صفتِه كيت وكيت ، الغائبِ عن البلدِ ، وذكر قيمةَ ذلك ، وذكرَ أنّه في يدِ فلان بن فلان الغائبِ ، أو أنّه في يدِ زيدٍ هذا الحاضرِ ، غَصْباً (وتعديا)[2]، وسأل سؤاله ، وصحح دعواه ، فأجابه المسخرُ بالإنكار وطلبَ إقامةَ البينة على ذلك بالصفة ، هل تسمعُ البينة بذلك ؟ فيه قولان مشهوران ، العملُ على أنها تُسمع[3] .

وقال الشيخ أبو علي في « شرحه الكبير » : الصحيحُ أنّها لا تُسمعُ البينةَ بذلك ، قال : وهو القياسُ ومذهبُ أبي حنيفة ومحمد ، لكثرةِ الاشتباه[4] .

[الحكم بالشهادة على الوصف] :

٢٨٦ ـ فإن قُلنا : تُسمع البينةُ على العينِ الغائبةِ المنقولةِ الموصوفة بالأوصافِ المشروطةِ في صحة السَّلَم ، فهل يحكُمُ الحاكم بها ، ويقضي للمشهودِ له بها ، أم لا ؟

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : عندنا .

(٢) الكلمة من نسخة ف ، وفي هامش الأصل : متعديا .

(٣) وهو ما عليه العمل عند المحققين في المذهب (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤١١ ، الروضة : ١١ / ١٧٥ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣١١ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٧٥) ، وانظر فقرة ٥٩٣ .

(٤) جامع الفصولين ١ / ٥٤ ، نظرية الدعوى : ٢ / ١٠٣ .

قال الشيخ أبو علي : فيه قولان ، وأطلقَ ، وقالَ عنده : إنه لا يحكمُ بها ، لأنَّ اختيارَه أنْ لا تسمعَ البينةُ ، فالحكمُ بها أولى أن لا يجوزَ .

وقال الماورديُّ : هل يجوزُ الحكمُ بشهادةِ البينة على ما يُنقل من الأعيانِ الغائبةِ ؟ فيه قولان ، أحدُهما : وهو المنصوصُ عليه ، وحكاه الشافعي عن أبي حنيفة ومحمد ، واختارَه المُزني : أنه لا يَجوزُ حتى يُشير الشهودُ إليها بالتعيين ، قالَ : وهذا أصحُّ القولين ، والمعوّلُ عليه ، والثاني : يجوزُ الحكمُ بها كالعقارِ ، وفيه قولٌ ثالثٌ مُخرّجٌ عن ابن سُرَيْجٍ أنه قال : إن اختصَ العبدُ الغائبُ بوصفٍ يَنْدرُ وجودُه في غيره ، كشامةٍ في موضعٍ من جسده ، أو إصبعٍ زائدةٍ في موضعٍ من يده ، أو كان مشهوراً من عبيدِ السلطانِ لا يشاركهُ غيرُه في اسمه وصفتِه ومنزلته ، جازَ الحكمُ بشهادتِهم في غيبته ، وإلا فلا[1] .

وأجرى ذلكَ في الأنسابِ فيمن[2] غابَ ، إذا رُفع[3] في نسبهِ حتى زالَ[4] الاشتراكُ ، حكَم فيها بالشهادة ، وإن قرُبت[5] وأمكنَ اشتباهُها لم يحكم بالشهادةِ إلا مع التعيين .

قال الماوردي : « فإنْ قَلْنا : إنَّ الحكمَ لا يجوزُ إلا مع التعيينِ ، ففي جوازِ سماعِها والمكاتبةِ بها قولان[6] » .

---

(١) أدب القاضي ، له : ٢ / ١٠٧ ، والمتن اختصار وتصرف عن نص الماوردي ، وقد رجح النووي رحمه الله تعالى قول ابن سريج في التفصيل ، ونص على ذلك ، فقال : « ادعى عيناً غائبة عن البلد ، يؤمن اشتباهها كعقار وعبد وفرس معروفات ، سمع بينته وحكم بها ، وكتب إلى قاضي بلد المال ليسلمه للمدعي .. ، أو لا يؤمن اشتباهها فالأظهر سماع البينة .. ، وأنه لا يحكم بها بل يكتب إلى قاضي بلد المال » ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤١١ ـ ٤١٢ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٧٥ ـ ٢٧٦ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣١٠) ، وانظر : فقرة ٥٩٣ .

(٢) اللفظ في نسخة ف : فمن .

(٣) في نسخة ف : يرفع .

(٤) في نسخة ف : يزال .

(٥) في نسخة ف : قويت .

(٦) أدب القاضي : ٢ / ١٠٨

٢٨٧ ـ **قلتُ** : فإذا قلنا : يجوزُ سماعُها ، وإذا سمعَها ، وكانتْ عادلةً عنده بعد سبق دعوى المدعي بها ، قال الشيخُ أبو علي : يَكتبُ له كتاباً إلى قاضي بلدِ العين الغائبةِ ليُحضرَ مَنْ في يدِه تلك العين مع العين ، ويَستحْلِفَ [٤٧ / أ] المدعي بالله سبحانه ، إنَّه مالكُ العينِ الموصوفةِ التي شهد له بها الشهودُ عندَ فلان القاضي ، ولم يخرجْ عن ملكه .

والثاني : أنه يسمعُ البينةَ فقط ، ولا يحكمُ بها ، بل يكتبُ له كتاباً إلى قاضي البلد الذي العينُ به ، مَضْمونُه : أن (فلانا)[1] ادّعى عندي على فلانٍ الغائبِ ببلدِك أنَّ له في يده عبداً أو أمةً أو دابةً أو ثوباً ، ووصفَه وأقامَ على ذلك بينةً عادلةً ، ثم القاضي المكتوبُ إليه يُحضِرُ منْ في يده العينُ والعينَ ، فإنْ لم تكن بتلك الصفاتِ ردَّ الكتابَ ، وإن كانت بتلك الصفاتِ انتزعَ العينَ من يدِه ، وكتبَ صفتها وحليتَها ، وختَمَ الكتابَ ، وقلّدَه بخيط في عنقِ العبدِ ، أو ربطَه على الثوبِ ، إن كان المدعى به ثوباً .

٢٨٨ ـ هذا كلُّه قولُ الشيخ أبي علي ، وقولُه في الوجه الأول : إنه يقضي له بالبينةِ ، ثم القاضي المكتوبُ إليه يستحلفُ المقضيَّ له ، كما وصفه من اليمينِ ، هذا فيه نظرٌ ، لأنه إذا حكَم له بالعينِ التي ادّعى أنَّها في يدِ الغائبِ ، فهو حكمٌ على غائبٍ ، ولا بدَّ فيه من اليمينِ على الأصحِّ ، فكيفَ حَكَمَ له بغيرِ يمين ؟ إلا أن يكونَ الشيخُ أبو علي فَرّعَ ههنا على أنَّ الحكمَ على الغائبِ لا يَحتاج إلى يمين ، فهذا صحيحٌ .

[الإشهاد عند القاضي المكتوب إليه] :

٢٨٩ ـ ثمَّ إنْ حكَم له بيمين ، وحلّفَه ، فالقَاضي المكتوبُ إليه إذا ثبت

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : قلنا .

عنده إشهادُ القاضي الكاتبِ بذلك ، وقابلَ بين صفاتِ العينِ المكتوبةِ في الكتاب الواصل إليه على يدِ المدعي ، وبين صفاتِ العين التي أحضرَها (من)[1] يدِ المدعى عليه ، فوجَدها موافقةً ، وطلبَ المدعي انتزاعَها من يدِ من هي في يده ، سلَّمَها إليهِ الحاكمُ من غير يمينٍ ، إلا أنْ يَدَّعيَ ذو اليدِ عليه الآنَ ما يُوجب اليمينَ ، كدعواه أنه اشتراها منهُ ، أو أنه وهبها منه ، أو ناقل شرعي تصح الدعوى به ، فله أن يستحلفه على دعوى صحيحة توجبُها .

[تقديم الكفيل] :

٢٩٠ ـ ثم متى طلبَ المدعي من الحاكم المكتوبِ إليه أن يسلمَ إليه العبدَ الموصوفَ لموافقة الصفات الثابتةِ عند القاضي الكاتب ، فلا يسلّمهُ إليه الحاكمُ المكتوب إليه إلا بكفيل بقيمته[2] ، ثم يدفعه إليه .

فإذا وصل بالعبدِ[3] إلى بلدِ القاضي الكاتبِ ، أحضرَ شهودَ الصفات ، ليُشاهدوا العبدَ ، ويشهدُوا على عينه ، فإنْ شهدوا على عينه سلّمه إليه ، وكتب إلى القاضي الثاني ، ليبرئَ الكفيلَ .

هذا قولٌ حكاه الشيخ أبو علي ، ثم قال : وقد زيّفَ[4] الشافعيُّ هذا القولَ ، لأنَّ فيه تسليمَ المدّعى به إلى المدعي قبل ثبوتِ ملكِه ، وإحالةً بينه وبين ما كان في يده ، قال ابنُ سريج على هذا القول : إنْ لم [٤٧ / ب] يضمن المدعي قيمته ومؤنته[5] في سفره ، وأجرةَ مثلِ مدةَ غيبته ، لا يبعثه

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : في .

(٢) قرر النووي رحمه الله أن يكون الكفيل ببدن المدعي في الأظهر احتياطاً للمدعى عليه حق إذا لم تعينه البينة طولب برده ، وفي قول آخر لا يكفله ببدنه بل يكفله بقيمة المال (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤١٢ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣١١ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٧٦) وفي نسخة ف : بقيمه .

(٣) في نسخة ف : العبد .

(٤) زيف الشيء وزافه أي جعله رديئاً ، (القاموس المحيط : ٣ / ١٠٥)

(٥) العبارة في نسخة ف : قيمة مؤنته .

القاضي معه ، والقولُ الثاني : أنَّ القاضيَ المكتوبَ إليه يأمرُ المدعى عليه ببيع العبدِ أو الجارية أو العين من المدعي ، ويجبرُه على البيع ، فإنْ امتنعَ باعه القاضي عليه من المدعي ، ويأخُذ الثمنَ منه ويضعُه على يدِ عَدْل ، أو يأخُذُ كفيلاً بالثمن ، ويسلمُ العبدَ إليه ، ويكتبُ بالقضية إلى القاضي الكاتب أولاً ، فإنْ شهدَ شهودُ الصفات على عينِ (العبدِ)[1] بالملكِ للمدعي بها حكَم له بها (وبيَّن)[2] بطلانَ البيع ، لأنه باع منه ملكه ، ويُبرئُ الكفيلَ إن كانَ كفلَ عنه الثمنَ ، أو يردُ إليه الثمنَ إن كان قد أُخذ منه ، وإنْ لم يشهدُوا على عينه حكَم عليه بصحة البيع منه ، ويلزمُه تسليمُ الثمن إلى البائع إنْ لم يكن سلّمه إليه ، هذا كله في العروضِ المنقولات والحيوانات (والعبيد)[3] .

٢٩١ ـ أما الجاريةُ ففيها وجهان ، أحدُهما : حكمُها حكمُ العبد في إنفاذها على يد مدعيها على ما ذكر في العبدِ ، حتى على قول بيعها منه ، لو بيعت منه ، ووطئها في الطريق كان واطئاً ملكَه .

قلت : وعندي أنَّ هذا في غاية البعدِ ، وتسليطٌ على الوطء في ملكٍ متزلزل لم يستقرَّ .

ومن أصحابنا من قالَ : لا تُبعثُ الأمةُ مع المدعي بحالٍ ، ويُقال له : متى حضرتْ بينتُك على عينها ، إنها ملكُك سُلِّمت إليك ، وقيل : يبعثها القاضي مع ثقةٍ يكون مع المدّعي ، إما عَدْلٌ أو امرأةٌ[4] .

وحكى الماورديُّ هذا الخلافَ كلَّه في التسليم إلى المدعي وكيفيته واختلاف

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : العين .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وتبين .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : والعبد .

(٤) وهذا ما اقتصر عليه الرملي في (نهاية المحتاج : ٨ / ٢٧٦) .

العبد والأمة وبيع العبد من مدعيه كما ذكرناه[1]، لكنه حكى ذلك فيما إذا كانَ القاضي الكاتبُ سمعَ البينةَ ، وحكم بها للمدعي ، وقلنا : بجواز ذلك .

وقد تم الكلامُ في هذا ، وسنذكر إن شاء الله تعالى في باب كتاب القاضي إلى القاضي شيئاً من هذا ، ونذكرُ ما يجبُ له ، ويشترطُ فيه ، وكيفيةُ التحملِ والأداء[2].

فإن قال قائل : إذا لم يقع الحكمُ بالشهادةِ بالعين الغائبةِ المنقولة إلا مع التعيينِ من الجهتين ، فما الفائدةُ في سماعِها على أحدِ القولين ، والمختارُ السماعُ عند كثير من الحكام ؟

قُلنا :قال الشافعي رضي الله عنه : فائدتُه أنْ لا يتكلفَ[3] القاضي الثاني المكتوبُ إليه الكشفَ عن عدالتهم ، ولا يتكلفَ[4] الشهودُ إعادةَ شهادتهم عند حضور العبد ، وإنما يَقتصرون على الإشارةِ بالتعيين ؟ فيقولون : هذا هو العبدُ الذي شهدنا به لفلان[5].

قال الماورديُّ : ويستفادُ [٤٨ / أ] بها عندي فائدة ثالثةٌ ، وهو أن يموتَ العبدُ فيستحقُّ بهذه الشهادة على ذي اليد قيمتَه[6] (على نعتِه)[7] ووصفِه .

* * *

---

(١) اللفظ في نسخة ف : ذكرنا ، وانظر : أدب القاضي ، للماوردي : ٢ / ١١٠ وما بعدها .

(٢) انظر الفقرات : ٥٣٧ ، ٥٥٢ ، ٥٥٦ ، من هذا الكتاب .

(٣) (٤) في نسخة ف : لا يكلف ، وهو الموافق لنص الشافعي في « الأم » .

(٥) الأم : ٦ / ٢١٨ .

(٦) في نسخة ف : قيمة العبد .

(٧) ما بين القوسين من هامش الأصل .

الفصل السّادس

في

[التداعي بين المتخاصمين]

التــداعي بين المتخــاصمين ، ووقــوع المعــارضــات بينهما في بينـــاتهما[1] ، وما يوجب ترجيحاً لأحدهما ، وفي الشهادة بالملك واليد المتقدمين .

[بينة الداخل تقدم على بينة الخارج] :

٢٩٢ ـ ونُقدِّمُ على هذا قاعدةً ، وهي أنَّ مـذهبنَـا أنَّ بينـةَ الـداخلِ تقـدَّمُ على بينةِ الخارج إلا في مسائل :

منها : إذا (أقامَ الخارجُ بينةً)[2] أنه اشتراها من ذي اليد ، وأقام ذو اليـدِ بينةً أنها ملكه مطلقاً ، رُجحت بينةُ الخارج[3] .

ومنها : إذا (أقامَ الخارجُ بينـةً أنـه)[4] اشتراهـا من ذي اليـد ، وأقـام ذو اليد بينةً أنه وَرثها من أبيه ، فبينةُ الخارج أولى .

هذا (ما)[5] ذكره القاضي في « تعليقـه » ، وذكر الإمـامُ عنـه : إذا أقـامَ

---

(١) في نسخة ف : شأنها .

(٢) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : قام الخارج ببينة .

(٣) لزيادة علم بينة الخارج بالانتقال ، (انظر : شرح المحلي على المِنهاج : ٤ / ٣٤٤ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٨١ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٦٣) .

(٤) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : قام الخارج بينة أنها .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

الخارجُ بينةً بالملكِ المطلق (أنَّ العينَ ملكُه)[1] وأقام[2] [ذو اليدِ بينةً بالملك المطلق ، أو بالملكِ مقيداً بالشراء أو الإرثِ أو غيرهما ، قُدِّمت بينةُ ذي اليد] .

ومنها : إذا أقامَ الخارجُ بينةً أنَّ العينَ ملكُه ، وأن ذا اليد غصبَها منه ، وأقامَ ذو اليدِ بينةً أنَّها ملكُه مطلقاً ، قال القاضي حسين في موضعين من « تعليقه » : بينةُ الخارج أولى[3] ، قال : وفيه إشكالٌ ، وعند الأصحاب : بينةُ ذي اليد أولى .

وحكى البغويُّ تلميذُه فيها وجهين ، وقال : الأصحُّ بينةُ الداخل أولى ، مخالفاً لما أفتى (به)[4] أستاذه .

وقال العراقيون كلُّهم أو غالبُهم : بينةُ الخارِج أولى ، ولم يحكِ أحدٌ منهم ، فيما أعلمُه ، فيه خلافاً .

وقال الشيخ أبو علي : الصحيحُ أنه يَقضي لذي اليد .

والصحيحُ عندنا ما اختاره العراقيون ، وهو أنَّ بينةَ الخارج ، والحالةُ هذه أولى ، لأنَّ معَها زيادةُ علمٍ ، وهو غصبُ ذي اليد لها من الخارجِ ، وبينةُ ذي اليد اعتمدت في شهادتها على ظاهرِ اليد الذي قد [أثبتت][5] بينةُ الخارجِ أنها غاصبةٌ .

(١) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) ينقطع الكلام في الأصل ، ويوجد مكانه هذه العبارة : (مبيض هنا في نسخة قوبلت على نسخة المصنف) ، وقد أكملت ما بين القوسين في المتن من عندي بحسب ما يتفق مع التفصيل السابق ، والأحكام الفقهية ، وهذا الكلام ساقط من نسخة ف .

(٣) وهذا ما أيده الخطيب الشربيني ، وقال : « وكذا لو أقام الخارج بينة أن المدعى به ملكه غصبه منه الداخل ... ، وأقام الداخل بينة أنه ملكه ، فإنه تقدم بينة الخارج على الأصح » ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٨١) .

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٥) في الأصل : ثبت ، وكذا في نسخة ف .

[الداخل والخارج] :

٢٩٣ ـ إذا عرفتِ هذه المقدمةَ فاعلم أنَّ الداخلَ عبارةٌ عن ذي اليدِ الذي العينُ المدعى بها في يده ، والخارجَ عبارةٌ عن المدعي الذي ليست العينُ المدعاة[١] في يده .

فإذا ادّعى الخارج بعينٍ في يدِ ذي يدٍ عليه ، وصحّح دعواه ، إن أقرّ بها سُلمت إليه ، وإن كانَ أنكر (أو سكت)[٢] فقد سبقَ تفصيلُ ذلك في أول الدعاوى على أبلغِ وجه في البيان[٣] .

ولنذكرْ هذا الذي نحن بصدده ، مسائلَ نرسُمُها ليسهلَ تناولُها .

المسألة الأولى : [طلب الكفيل قبل البينة] :

٢٩٤ ـ إذا أنكرَ المدعى عليه فلم يطلب المدعي الحَلف ، ولكنْ قالَ : لي بينةٌ أقيمُها وأريد منه كفيلاً في الحال ، قال الإمامُ : [٤٨ / ب] لم يُلزمْه بالاتفاق ، ولكن جرى رسمُ القضاة به .

٢٩٥ ـ وعندنا : فيه تفصيلٌ حسن ، ولعلَّ رسمَ القضاة منزلٌ عليه ، وهو أنَّ المدّعى به إن كانَ ديناً ، وكان المدعى عليه غريباً مجهولاً ، تظهرُ عليه أماراتُ (التَعَنُّتِ)[٤] ، وعدمُ حفظِ المروءة (والدِّينِ)[٥] ، فللمدعي طلبُ كفيلٍ ، والحالةُ هذه .

---

(١) في نسخة ف : المدعى بها .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وسكت .

(٣) فقرة ١٤٦ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٤) اللفظ من نسخة ف : وفي الأصل : التغييب ، وهو تصحيف .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : التدين .

وهكـذا إنْ كانَ المـدعى بـه عينـاً منقـولـةً يمكن نقلهـا ، والمـدعى عليـه موصوفٌ بما ذكرناه .

أمَّا إذا كان المُـدعى بـه عقـاراً فليسَ لـه طلبُ كفيل أصلاً ، كيف كانَ ، فإنَّ الخوفَ إنما هو غيبتُه ، وإقامةُ البينة ، إن غابَ ، ممكنٌ .

وإنْ كانَ المُدعى به دينـاً ، أو منقولاً يُمكن نقلـه وإخفـاؤه ، ولكن كان المدعى عليه قاطناً بالبلد ، أو مشهوراً بالوَرَع ، أو ظاهرَ المالِ ، بعيداً منـه أن يتغيَّبَ ، فلا سبيلَ إلى تكليفِهِ إقامةَ كفيلٍ عليه في مقابلة دعوى مجردة .

المسألة الثانية : [طلب الكفيل أو الحبس قبل التعديل] :

٢٩٦ ـ إذا أقـام شـاهـدين ، ولم يُعـدّلا ، والتمسَ من المشهود عليـه كفيـلاً ببدنه لزمَه ، فإن امتنع حُبسَ[١] ، هذا إن كان المدعى به دينا .

ولو أقـامَ شـاهـداً واحـداً عَـدْلاً ولم يَحْلف ، والتمسَ كفيلاً أو حَبسـاً ، إن امتنع ، هل يجاب المدعي إلى ما طلبه ؟ فيه وجهان[٢] .

وفي العقـارِ ، إذا أقـامَ شـاهـدين مجهولين ، وطلبَ الحيلولـةَ بين الـداخـل وبينه إلى أن يُزكي بينتَه ، هل يُجاب إليه ؟ فيه وجهان .

وفي الشاهد الواحدِ العَدْلِ[٣] وجهان مرتبان ، وأولى أن لا يجاب إليه .

---

(١) قال الشيرازي : وإن شهد له شاهدان ولم تثبت عدالتها في الباطن ، فسأل المدعي أن يحبس الخصم إلى أن يسأل عن عدالة الشهود ففيه وجهان ، أحدهما ، وهو قول أبي إسحاق وهو ظـاهر المذهب : أنه يحبسـه ، لأن الظـاهر العدالة وعدم الفسق ، والثاني ، وهو قول أبي سعيـد الإصطخري : أنـه لا يحبسـه ، لأن الأصل براءة ذمتـه (المهـذب : ٢ / ٣٠٤) .

(٢) الأول يحبس كالشاهدين ، والثـاني لا يحبس وهو الصحيح ، لأنـه لم يـأت بتمام البينـة ، وقـال أبو إسحـاق المروزي : إذا كان الحق مما يقضى فيه بالشاهد واليمين حبس قولاً واحداً ، لأن الشاهد الواحد حجـة فيـه ، لأنـه يحلف معه ، (انظر : المهذب : ٢ / ٣٠٤) .

(٣) في نسخة ف : المعدل .

٢٩٧ ـ ولو ادّعت زوجةٌ طلاقاً على زَوْجها ، وشهدَ لها شاهدان مجهولان حِيل بينهما إلى التزكية لشرف البُضْعِ[١] وخطره .

وهكذا لو ادَّعى زوجيةَ امرأةٍ ، وأقامَ بينةً مجهولةً مَنَعْنا المرأةَ من الانتشارِ[٢] قبلَ التزكية لحَقِ البُضْعِ .

وكذلك في الأمةِ إذا شهدَ لها شاهدان بالعتقِ مجهولان ، حِيل بينهما إلى التزكيةِ .

وكذلك في العبدِ إنْ طلبه ، وفي الأمةِ لا يتوقفُ[٣] على طلبها ، بل على القاضي فعلُه ابتداءً من غيرِ سؤالها .

ولو أقامت الزوجةُ[٤] شاهداً واحداً بالطلاق ، أو أقام[٥] العبدُ أو الأمةُ شاهداً واحداً بالعِتق ، هل يحال بينهما وبين المالك ؟ فيه قولان .

[مدة الإمهال للتزكية] :

٢٩٨ ـ ومدةُ[٦] الإمهالِ للتزكية أو لتمامِ البينة فيما ذكرناه ثلاثةُ أيام ، ولا يُمهلُ أكثرَ من ذلك ، ونفقة العبد والأمةِ في مدةِ الحيلولة من كسبهما ، فإنْ لم يكن فمن بيت المال ، ثم إنْ لم يثبت العتقُ يرجع[٧] بها على السيد لبيت المال .

---

(١) البُضْع : بالضم الجماع ، أو الفرج نفسه والمهر والطلاق ، (القاموس المحيط : ٣ / ٥)

(٢) في نسخه ف : الإنشاز .

(٣) في نسخة ف : لا يوقف .

(٤) في نسخة ف : المرأة .

(٥) في نسخة ف : وأقام .

(٦) في نسخة ف : وهذا .

(٧) في نسخة ف : رجع .

المسألة الثالثة : [طلب الحجر بعد البينة المجهولة] :

٢٩٩ ـ إذا ادَّعى عليه ديناً فأنكره ، فأقامَ شاهدين مجهولين ، أو شاهداً ، ولم يحلف ، [٤٩ / أ] وطلبَ من الحاكم الحجرَ على المدعى عليه ، خوفاً من إقرارِهِ بأمواله ونقلِها[1] ببيعٍ أو هبةٍ ، هل يجابُ إليه ؟ فيه طريقان .

وفصّلَ القاضي حسين ، فقالَ : إنْ عُرِفَ المدعى عليه بالحيلة ، واستمرت له عادةٌ بها ، حجرَ الحاكمُ عليه .

ومما وقع عندنا في « الفتاوى » ما إذا ادّعى على رجل بعين في يده ، وكان للمدعي بينةٌ غائبةٌ أو حاضرةٌ ، لكنها مجهولةٌ ، وخافَ من نقلها ، أو ادّعى عليه بدين ، وله أعيانٌ حاضرةٌ من عقارٍ وَغيره ، فأنكرَ ، ولم يكن[2] له بينةٌ حاضرةٌ ، وخيفَ من إقراره بما هو في يده لأولادِهِ أو لغيرِهِم ، وجرى هذا في بلدٍ قد عمّ هذا بينهم ، واشتهرَ فيما لديهم ، وهذا المدعى عليه أشهرُ من غيره في فعلِ هذا ، فالتمسَ المدعي الحجرَ عليه إلى أنْ يقيمَ البينةَ ، فذكر بعضُنا فيه خلافاً ، ورأى بعضٌ مذهبَ القاضي حسين ، ورأى بعضٌ أن هذا كالمُفْلسِ إذا أحاطت به الديون ، وتحقق أن خَرْجَه[3] أكثرُ من دَخْلِه ، وخِيف عليه فواتُ مالِه ، وهناك يتعينُ ضربُ الحجرِ عليه على الأصحِّ ، فهذا قريبُ الشبه به ، والكلُّ متجهٌ محتَمَلٌ .

المسألة الرابعة : [طلب التأخير لحضور الموكل] :

٣٠٠ ـ إذا ادّعى وكيلٌ ، ثابتُ الوكالةِ عن غائبٍ ، ديناً أو عيناً ، على

---

(١) العبارة في نسخة ف : بالعين أو بنقلها .

(٢) في نسخة ف : تكن .

(٣) الخَرْج : الأتاوة كالخَراج ، ويضمان ، جمعه أخراج وأخاريج وأخرجة ، وهو خلاف الدخل . (القاموس المحيط : ١ / ١٨٤) .

حاضرٍ ، فاعترف ، وادعى أن الموكِلَ أبرأه ، أو قبضَ منه ، وطلبَ تأخيرَ التسليم إلى حضورِ الموكِلِ وحلْفِه ، قال الإمام : وقعت هذه المسألةُ بين فقهاء مَرْو ، وتوقف فيها فقهاءُ الفريقين ، فاستدركَ الشيخُ القفال عليهم ، وقال : يُؤاخذ بالتسليم ، وتتأخرُ اليمينُ إلى حضورِ الغائب ، إذ لو فُتح هذا البابُ صارَ ذريعةً إلى إسقاطِ حقوق الغائبين إذا ادّعى بها وكلاؤهم .

المسألة الخامسة : [الإقرار لثالث] :

٣٠١ ـ إذا ادّعى ملكا في يد إنسان ، فقال : ليس هو لي ، ولا لك ، فله أحوالٌ خمس[1] :

الأولى : أن يضيفَها إلى حاضرٍ ثالث ، فيحضرُ ، فإن صدقه ، سُلمت العينُ إلى الحاضر ، وانصرفت الخصومةُ إليه[2] ، وإن كذّبه ، فيه ثلاثةُ أوجه ، أصحُها أن القاضيَ يحفظُها إلى ظهور حجةٍ لمدعيها ، وأضعفُها أنّها تُسلم إلى المدعي[3] ، ووجهٌ ثالثٌ : أنّها تُتركُ في يدِ ذي اليد ، فلو رجعَ المقرُ بعد تكذيبِ المقَرِ له ، وقال : غلطتُ ، هل يُقبل ؟ فيه وجهان قبل إزالة يده ، ولا يُقبل قوله بعد إزالةِ سلطنتِه .

ولو رَجعَ أيضاً المقَرُ له بعدَ أنْ كذَّبَ ؟ فيه وجهان ، ثم إذا سُلمت العينُ

---

(١) في الأصل ونسخة ف : ثلاث .

(٢) المهذب : ٢ / ٣١٣ ، مغنى المحتاج : ٤ / ٤٧٠ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٣٩ ، الروضة : ١٢ / ٢٥ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٥٠ ، الأم : ٦ / ٢٤١ ، وانظر فقرة ٢٠٠ من هذا الكتاب ، فقرة ٧٦٥ .

(٣) ذكر الشيرازي فيها وجهين فقط ، أحدهما : قول أبي العباس : وهو أن يأخذها الحاكم ويحفظها ، والثاني : قول أبي اسحاق : وهو أن يسلمها إلى المدعي ، ثم قال : وهذا خطأ ، لأنه حكمٌ بمجرد الدعوى ، ولم يذكر وجهاً ثالثاً ، (المهذب : ٢ / ٣١٣) ، وذكر النووي رحمه الله تعالى الوجوه الثلاثة ، وأن الأصح أن تترك في يد المقر ذي اليد ، وذكر الوجهين التاليين في مقابل الأصح ، وبين إمام الحرمين ضعف القول الثاني بالتسليم إلى المدعي ، لأنه قضاء له بمجرد الدعوى ، وهو محال ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٧١ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٣٩ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٥٠ ، الروضة : ١٢ / ٢٥) .

المقَرّ بها إلى الحاضرِ المقَرِ له ، هل للمدعي تحليفُ المقِر[1] ؟

إن قلنا : إنه لو أقرّ لغرمَ للحيلولةِ القولية [٤٩ / ب] بالإقرار للثـالث ، فله تحليفه ، وإن قلنا : لا يغرمُ لم يحلفه .

فإذا قلنا : يحلفه ، فلو أحلفه فنكلَ ، وردت اليمينُ على المدعي ، فحلف ، وقلنا : إن يمينَ الردِ بمنزلةِ البينة ، قال بعضُ الأصحاب : تؤخـذ العينُ من يـد المقَرِ له الثالث ، وتسلم إلى المدعي الحالف ، لأنَّ يمينَ الردِ بمنزلةِ البينة .

والصحيـحُ أنـا لا نـأخـذُ من يـد هـذا المقر لـه ، ولا نسلمهـا إلى المـدعي الحالف ، بل نقتصر على وجوبِ القيمة ، لأن يمينَ الردِ ، وإن جُعلت كالبينـة ، لكن في حق المتداعيين ، ولا تتعدى إلى ثالث .

ثم قـال الإمـامُ بعـد ذكرِ هـذا : فرّعَ بعضُ المتكلفين على الوجـه الضعيفِ القائل بانتزاعِ العينِ من يد المقر له ، وتسليمها إلى المدعي الحـالف ، فقـالَ : إذا أُخـذت منـه ، فهـل لـه أن يُغرّم المـدعى عليـه الـذي أقرَ لـه بهـا ، ونكلَ عن اليمين ، قيمةَ العين ، لأنه يقولُ له : لو حلفتَ يميناً صادقة ما استردها مني هـذا المدعي ، فصارَ نكولك سبباً لإزالة يدي ؟ فيـه وجهـان ، أصحها لا يغرمُ لـه شيئاً .

قلت : وقد سبق ذكر هذه المسألة في يمين الردّ إلى ههنا[2] ، وهي الحـالـةُ الأولى (وقد)[3] ذكرناها هناك لغرض .

---

(١) هذه المسألة مبنية على مسألة أخرى ، وهي أن من أقر بشيء في يده لغيره ، ثم أقرّ بها لآخر ، فإنها تسلم إلى الأول ، وهل يغرم للثاني ؟ فيها قولان ، الأول : يلزمه أن يغرم للثاني ، لأنه بتسليمها للأول فوت المقربه عليـه ، والثاني لا يغرم ، لأنه أقر بما لا يملك ، فلا يعتـد بـه ، (انظر : المهـذب : ٢ / ٣١٣) ، وقـد سبقت الإشـارة إلى هـذا البحث فقرة ٢٠٢

(٢) فقرة ٢٠٠ من هذا الكتاب .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف .

الحالة الثانية : [الإقرار بها لغائب] :

٣٠٢ ـ إذا أضافَ العينَ إلى غائبٍ فتصرفُ الخصومةُ إلى الغائب[١] .

وقال العراقيون ، لا نحلفُه[٢] لأجلِ الغُرمِ ، وإن قلنا : يغرَمُ للحيلولةِ لو أقرَّ للثاني .

وقال الشيخُ أبو محمد والفورانيُّ : بل يَحلفُ لينتزعَ[٣] العينَ من يدِه[٤] باليمينِ المردودةِ إنْ نكلَ ، إذ لو فُتِحَ هذا البابُ صارَ ذريعةً إلى إسقاطِ الدعوى بالإضافة إلى الغائبِ الذي يتعذر رجوعُه ، ثم متى رجع الغائبُ ردتِ العينُ إليه ، وعلى المدعي استئنافُ الخصومةِ معه .

ويتفرعُ على هذه المسألةِ أنّ المدعيّ ، في هذه الحالة ، إن أقامَ بينةً على أن العينَ ملكُهُ سُلمت إليه قولاً واحداً[٥] ، ولكن هل هو قضاءٌ على الغائب فيحتاج إلى يمينٍ ؟ أو هو قضاءٌ على الحاضرِ المضيف العينِ إلى الغائب ، فلا يحتاج إلى يمين المدعي ؟

قال العراقيون : هو قضاءٌ على الغائب ، فلا بُدَّ من يمينٍ[٦] ، وعند الشيخ أبي محمد والفوراني هو قضاءٌ على الحاضرِ ، فلا يحتاجُ إلى يمينٍ ، هذا نقل الإمامِ .

---

(١) انظر : المهذب : ٢ / ٣١٣ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٨١ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٩٩ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٥٠ ، الروضة : ١٢ / ٢٥ .

(٢) في نسخة ف : لا يحلفه .

(٣) في نسخة ف : لنزع .

(٤) وهذا بناء على القولين في المسألة السابقة ، وهما الغرم للثاني وعدمه .

(٥) المهذب : ٢ / ٣١٣ ، الأم : ٦ / ٢٤١ ، والمراجع السابقة في هامش ١ .

(٦) وهو اختيار إمام الحرمين والغزالي ، وقالا : إنه أقوى وأليق بالوجه المفرع عليه ، وهو المعتمد ، ورجحه النووي رحمه الله تعالى ، انظر : المراجع السابقة .

وقال القاضي أبو الطيب والشيخُ أبو نصر : هل يحلفُ المدعي ، والحالةُ هذه ، إذا أقام بينةً ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قالَ : نعم ، لأنهُ قضاءٌ على الغائبِ ، ومنهم من قالَ : لا يحلفُ ، وهو أبو إسحاق ، لأنه [٥٠ / أ] قضاءٌ على حاضرٍ[١] ، ثم قال القاضي أبو الطيب والشيخُ أبو نصر : وإنْ كانَ للمقرِ بينةٌ[٢] ، أنها للغائبِ ، سُمِعَتْ بينتهُ ، فإذا أقامَ المدعي بينةً أنها له ، قُدِّمت بينتُه على بينةِ المقرِ[٣] ، ويكون قضاءً على الغائب قولاً واحداً .

قال : فإن قيل : فلم سَمِعتُم بينةَ المقر ؟ قلنا : الفائدةُ زوالُ التهمةِ عنه ، وإسقاطُ اليمين عنه ، إذا ادعى المدعي أنّه يعلم أنّها له .

هذا ما قاله هؤلاء الأئمة[٤] .

وقال الإمامُ : إذا كانَ لصاحبِ اليد بينةٌ أنها للغائبِ ، فيه ثلاثةُ أوجه :

أحدُها : لا تُسمعُ ، إلا أنْ يُثبت كونَه وكيلاً عنه .

والثاني : تُسمعُ ، لا لإثباتِ ملكِ الغائبِ ، بل لقطعِ التحليفِ والخصومةِ عنه .

والثالثُ : اختاره القاضي حسين ، إنْ ادَّعى لنفسه عُلْقَةً[٥] ، من وديعةٍ أو عاريةٍ ، سُمعت ، وإلا فلا[٦] .

---

(١) وهو قول أبي إسحاق المروزي ، (انظر : المهذب : ٢ / ٣١٣) .

(٢) العبارة في نسخة ف : إن أقام المقر بينة .

(٣) والسبب في تقديم بينة المدعي الخارج على بينة المقر صاحب اليد أن بينة صاحب اليد إنما يقضى بها ، وترجح على بينة الخارج ، إذا أقامها صاحب الملك أو وكيله ، والمدعى عليه ليس بمالك ، ولا هو الوكيل للمالك ، فلم يحكم ببينته ، (انظر : المهذب : ٢ / ٣١٣) .

(٤) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٧١ ، الروضة ١٢ / ٢٥ .

(٥) العُلقة : جمعها عُلق من التعلق ؛ يقال : لي في هذا المال عُلقة أي تعلق ، (القاموس المحيط : ٣ / ٢٦٧ ، المنجد : ٥٢٦) .

(٦) وخلاصة ذلك كما قال الشربيني : فإن لم تقم بينة بوكالته على الغائب ، وأقام بينة بالملك للغائب سمعت =

ثم إن سمعت بينةُ المقِر (للغائبِ)[1] ، بعد ثبوتِ وكالتـهِ ، وأقـامَ المـدعي بينةً بالملك له ، قُدمت بينةُ الوكيلِ ، لأجلِ اليدِ[2] .

وإن سُمعتْ بينتُـه دونَ الـوكالـةِ ، لصرفِ[3] اليمينِ عنــه ، قُـدمت بينــةُ المدعي .

[الإقرار بالملك لغائب ، مع الإجارة أو العارية] :

٣٠٣ ـ وقال القاضي أبو الطيب والشيخُ أبو نصر : إذا ادَّعى المقر أن العينَ للغائب ، وأنها في يده (بإعارةٍ أو إجارةٍ)[4] ، وأقامَ بذلـك بينـةً ، هل يقضي بهذه البينة ؟ فيه وجهان[5] .

[بقاء الغائب على بينته] :

٣٠٤ ـ ومهما سُلمت العينُ إلى المـدعي ببينتــه المترجحــةِ[6] على بينــةِ المقِر الحاضرِ ، كتبَ في سجلٍ أنَّ الغائبَ على حُجته ويدِه مهما عاد .

= بينته ، لا لتثبت العين للغائب ، لأنه ليس نائباً عنه ، بل ليندفع عنه اليمين وتهمة الإضافة إلى الغائب ، سواء تعرضت بينته لكونها في يده بعارية أو غيره أم لا ، (مغني المحتاج : ٤ / ٤٧١) .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الغائب ، وهو تصحيف .

(٢) مغني المحتاج : ٤ / ٤٧١ .

(٣) في نسخة ف : ليصرف .

(٤) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : بإجارة أو عارية .

(٥) نقل الشيرازي عن أبي إسحاق قوله : حكى بعض أصحابنا أنه إن كان المقر للغائب يدعي أن الدار في يده وديعة أو عارية لم تسمع بينته ، وإن كان يدعي أنها في يده بإجارة سمعت بينته ، وقضى بها ، لأنه يدعي لنفسه حقاً فسمعت بينته . . وهذا خطأ ، لأنه إذا لم تسمع بينته في إثبات الملك ، وهو الأصل ، فلأن لا تسمع لإثبات الإجارة ، وهي فرع عن الملك ، أولى ، (المهذب : ٢ / ٣١٣) ، وقال الشربيني : ولوَ قال المدعى عليه : هي معي رهن أو نحوه من الحقوق اللازمة كإجارة ، لم تسمع دعواه مع بينته ، لتضمنها إثبات الملك للغير بلا نيابة ، (مغني المحتاج : ٤ / ٤٧١) .

(٦) في نسخة ف : المرجحة .

ثم متى عادَ الغائبُ (وادَّعى)[1] وجبَ عليه إعادةُ البينةِ ، ولا يُغنيه ما أقامَه صاحبُ اليد ، ولكن متى رجع جعلناه صاحبَ اليد ، حتى إذا أقام بينة قُدمت على بينةِ المدعي ، وانتزعت من يده ، وإنْ كانَ قد تسلمها قبل حضورِ الغائب[2] .

وفرَّع المراوزةُ على هذه الحالةِ ، ما لو ادَّعى الحاضرُ المقِرُ رهناً أو إجارةً لنفسه ، هل تسمعُ بينته ؟ فيه وجهان ، فإنْ قلنا : تسمع ، هل تُقدَّمُ على بينةِ المدعي ؟ فيه وجهان .

قال الإمامُ : الأظهرُ لا تُقدَّمُ ، لأنَّه إنما تثبتُ إجارتُه ورهنُه بعد ثبوتِ مِلكِ الغائب ، فإذن لم تؤثر بينته إلا صرف الحلف عنه .

الحالة الثالثة : [الإقرار لرجل مبهم] :

٣٠٥ ـ إذا قالَ : هذه العينُ لرجلٍ لا أسميه ، المذهبُ أنَّ الخصومةَ لا تنصرفُ عنه بذلك ، بل يحلفُ ، فإنْ نكل حلفَ المدعي وأخذ ، وقيل : يأخذ القاضي العينَ ، ويودِعُها إلى أن تظهرَ حجته[3] .

الحالة الرابعة : [الإقرار لصبي أو مجنون] :

٣٠٦ ـ أن يضيفَها إلى صبيٍ أو مجنونٍ انصرفت الخصومةُ إلى الوليِ ، ولا يحلفُ الولي أصلاً ، بل تؤخرُ اليمينُ إلى وقتِ الأهلية .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وأعادها .

(٢) قال الشربيني : ثم إن حضر الغائب وصدق المقر رد إليه بلا حجة ، لأن اليد له بإقرار صاحب اليد ، ثم يستأنف المدعي الخصومة ، (مغني المحتاج : ٤ / ٤٧١) ، وانظر الأم : ٦ / ٢٤٢ ، الروضة : ١٢ / ٢٤ .

(٣) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٧٠ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٣٨ ، وقارن (المهذب : ٢ / ٣١٣) ، فإنه حكى وجهين ، أحدهما : أن يقال له : إقرارك لمجهول لا يصح ، فإما أن تقر بها لمعروف ، أو تدعيها لنفسك ، أو نجعلك ناكلا ، ويحلف المدعي ، ويقضى له ، والثاني : أن يقال له : إما أن تقر بها لمعروف ، أو نجعلك ناكلا ، ولا يقبل دعواه لنفسه .

الحالة الخامسة : [الإقرار بها وقفاً] :

٣٠٧ ـ أن يقـولَ : هي وقفٌ على ولـــدي ، أو على الفقراء انصرفتِ الخصومةُ عنه إليهم ، ولم يبقَ على المقِر إلا التحليفُ للتغريم[١] . [٥٠ / ب]

المسألة السادسة : [دعوى الملك] :

٣٠٨ ـ إذا ادَّعى عليه مِلكا في يده ، وصحّح دعواه ، فأجابَ المدّعى عليه بالإنكار ، وأنّ ما في يده مِلكٌ له ، فالقولُ قوله مع يمينه .

فإنْ أقامَ المدعي بينةً بالملك له سُمعت بينتُه بـالملـكِ المطلقِ قولاً واحـداً ، ولا يُشترطُ في سماعِها ذكرُ سببِ الملكِ ، فإنْ أرادَ الداخلُ أنْ يقيمَ بينةً بـالملـكِ له ، قبل إقامةِ المدعي الخارجِ بينته ، وبعـد وجودِ التـداعي فقـط ، والعينُ في يده ، أعني في يدِ الداخلِ المدّعى عليه ، هل تسمعُ بينتُه ، والحالةُ هـذه ؟ فيـه وجهان .

قـال القـاضي حسين : الصحيـحُ لا تُسمـعُ ، وقـال الإمـامُ : المـذهبُ أنّهـا لا تُسمع ، وقالا : قال ابنُ سريج : تُسمعُ .

ولو أرادَ الداخلُ أيضاً إقامةَ البينةِ بالملـكِ لـه بعـدَ إقـامـةِ الخـارجِ البينـةَ المجهولةَ ، وقبلَ تعديلِها ، هل تُسمع ؟ فيه وجهان مرتبان على مـا قبلَ إقـامـةِ البينةِ ، وأولى بالسّماع[٢] ، فإن عُدِّلَت بينةُ الخارج ، فأرادَ الداخلُ إقامةَ بينتِه ، سُمعت بينتُه قولاً واحداً ، ولكنْ هل تُسمع بينته بالملك المطلق ؟ أم يُشترطُ في سماعها إسنادُ الملكِ إلى سببٍ ؟ فيه وجهان ، المذهبُ أنّها تُسمعُ مطلقـةً ، وفيـه وجهٌ أنّه لا بدَّ من ذِكرها سببَ الملك الداخل .

---

(١) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٧٠ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٣٩ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٤٩ .

(٢) الأصح أن بينـة الـداخل تسمـع مع بينـة الخـارج ، وإن لم تعـدل ، لتعرض يـده للزوال ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٨١) ، وانظر تفصيل ذلك مع المقارنة في (كتاب الحاوي ، للماوردي : ١٣ ق ٤٦ / ب ، مخطوط) .

[ترجيح بينة الداخل] :

٣٠٩ ـ فإنْ قلنا : تُسمعُ ، فلا شكَ في ترجيحِها على بينةِ الخارج ، لوجودِ اليدِ معها ، لكنْ هل يُشترط في (ترجيحها)[١] أنْ يحلفَ مع بينتِه ، إنْ طلبَ الخارجُ يمينه ؟ فيه وجهان .

فإنْ قلنا : يحلفُ ، فيحلفُ على إثباتِ ملكه ، لا على (نفي)[٢] مِلك الخارج .

ثم متى صارَ للخارجِ بينةٌ مقامةٌ عادلةٌ ، وللداخل مثلها ، (فلا يخلو)[٣] : إما إنْ ذكرتْ بينةُ الداخل سببَ الملكِ ، أوْ لا ، ولم يشترطه ، فإنْ ذكرته رُجحت على بينة الخارج ، سواءً ذكرت بينةُ الخارج سبباً خارجاً عن الانتقال من هذا الداخلِ ، أو لم تذكره .

وإنْ لم تذكر بينةُ الداخلِ سببَ الملك له ، ولم يُشترط ذكره ، بل أطلقت الشهادة بالملك المطلق له ، وكانت بينةُ الخارجِ ذكرت سببَ الملك للخارج ، لا من جهة هذا الداخل ، فقد وجد في حق بينة الداخل ما يُرجحها ، وهو اليدُ ، ووجد فيها ما (يُضْعِفُها)[٤] ، وهو الإطلاق ، ووجد في بينة الخارج ما يرجحها ، وهو بيانُ سببِ الملك ، فقاعدةُ المذهبِ تقتضي ترجيحَ بينةِ ذي اليد[٥] ، ولا يَبْعدُ تخريجُ وجهٍ فيه .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ترجيحه .

(٢) اللفظ من هامش الأصل .

(٣) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : لا يخلو .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يصفها ، وهو تصحيف .

(٥) قال الشربيني : ولو أطلقت إحداهما الملك وبينت الأخرى سببه ، أو أن الثمرة من شجره ، أو الحنطة من بذره ، قدمت على المطلقة لزيادة علمها ، ولإثباتها الملك لصاحبها ، ومحل ذلك كما قال شيخنا : إذا لم يكن أحدهما صاحب يد ، وإلا فتقدم بينته ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٨٢) .

فلو أقامَ المدعي بينةً أنَّها مِلكُهُ ، وأقامَ الداخلُ بينةً أنّها ملكهُ ، وترجحت بينتُه باليدِ ، فلو شهدتْ للخارج بينةٌ أنّه اشتراها من الداخلِ ، أو اتهبها وقبضها منه ، قُدِّمَتْ بينةُ الخارج بلا خلاف .

وإن شهدت بينةُ الخارجِ أنّه اشتراها من الداخل ، وشهدت بينةُ الداخل أنه [٥١ / أ] اشتراها من الخارجِ ، قدمت بينةُ الداخلِ ، ليده .

[تقديم بينة الخارج بالملك والغصب والإجارة] :

٣١٠ ـ وإن أقامَ الخارجُ بينةً أنّها ملكُه ، وأنَّ الداخلَ غَصَبَها منه أو (أجرها)[1] أو أودعَها منه ، وأقامَ ذو اليدِ بينةً أنَّها ملكُه ، قال الشيخُ أبو علي : الصحيحُ أنّه يقضي لذي اليد ، قالَ : وقالَ ابنُ سُرَيْج : يقضي للخارج .

وكذلك قاله البغويُّ ومعظمُ الأصحاب ، قالوا : تُقدمُ بينةُ الخارجِ ، والحالةُ هذه ، وقد سبقَ ذكر هذه المسألة .

أما إذا قامتْ بينةُ الخارج ، ولم يتمكن الداخلُ من إقامةِ بينةٍ ، فسلّمَ القاضي العينَ إلى الخارجِ ، فلو أحضرَ الداخلُ بينةً بعد ذلك ، هل تُسمع ؟

قال الإمامُ : فيه وجهان ، ذكرهما القاضي ، وقال : أظهرهُما : لا تُسمعُ ، إلا أنْ يُقيمَ البينةَ على تملكٍ[2] من جهةِ هذا الخارج .

قال الإمامُ : وعليه بحثٌ ، وهو قولُه : يُقيمُ بينةً على تَلَقي المِلك من جهةِ المدّعي ، فإنَّ فيه نظراً ، فإنَّه لو أقامَ الداخلُ بينةً على تلقي المِلك من سببٍ آخر ، وجبَ قبولُ بينتِه ، وإنَّما لا تُقبلُ إذا لم يَذكرْ سبباً أصلاً ، بل شهدت بالملكِ المطلقِ ، بناءً على دعواهُ الملكَ المطلقَ .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أجرَهُ هي .

(٢) العبارة في نسخة ف : أن يقيم البينة بملك .

فأما إذا ادّعى الملكَ ، وذكرَ مستندَه وسببَه ، وشهدتِ البينةُ بما ادعاه من الملكِ ومستنده ، وجبَ القبولُ ، ولا معنى لاشتراطِ التلقي من هذا المدعي .

٣١١ ـ **قلتُ** : هذا الذي ذكره الإمامُ هو المذهب[١] . وما نقله عن القاضي لا أعلمُ موافقاً له من أصحابنا العراقيين ، فإنَّ اشتراطَ التلقي من الخارج إنّما يكونُ فيما إذا أقرَ الداخلُ بالملكِ للخارجِ فإنَّه يُؤاخذُ بإقرارِه إذا ثبتَ .

فلو أرادَ أن يقيمَ بينةً بالملكِ المطلقِ ، أو بتلقي الملكِ من غير المقَرِ له لم تُسمع على المذهب ، بل لا بدّ من بينةٍ تَشْهدُ بناقلٍ من جهةِ المقَر له[٢] ، خلافاً للقاضي حسين ، وهذه المسألةُ قد مرت في موضعٍ[٣] ، وسنعيدُها بعد هذا إن شاء الله تعالى[٤] .

فأمَّا فيما نحنُ فيه ، (فلم)[٥] يوجدْ من الداخلِ إقرارٌ للخارج بالملك ، والذي وُجد إقامةُ البينةِ من الخارج ، وعدمُ تمكُّنِ الداخلِ من بينةٍ ، تشهدُ بالمِلك ، وانتزاعِ العينِ من يده ، وتسليمِها إلى الخارج ، لعدم بينةٍ شهدت في الحال للداخل .

[بينة الداخل بعد زوال اليد] :

٣١٢ ـ فإذا قَدرَ عليها بعدَ زوالِ يده ، اشترط في سماعِ بينته ذكرُ سببٍ ما ، وهو متجهٌ ، أمّا اشتراط سببٍ ناقلٍ من جهة الخارجِ فلا اتجاهَ له أصلاً .

---

(١) انظر : المنهاج ومغني المحتاج : ٤ / ٤٨١ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٤٤ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٦٢ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) فقرة ٢٠٧ ، صفحة ٢٣١ .

(٤) فقرة ٣١٣ / ٢ .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ولم .

أمّا إذا أقامَ الخارجُ بينـةً ، (ووقِع)[1] القضـاءُ بهـا لـه ، ولم تُزل بعـدُ يـدُ الـداخل ، فلو أرادَ الـداخلُ ، بعـدَ نفـوذِ القضـاء (ببينـةِ)[2] الخـارج ، وقبـلَ الانتزاع ، أن يقيمَ بينةً على الملِك له ، ويذكرَ السببَ ، لا من جهـة الخـارج ، هل تُسمعُ ؟ فيه خلافٌ مرتبٌ على ما إذا أرادَ إقـامـةَ البينـة بعـدَ [٥١ / ب] التسليمِ إلى الخارجِ ، وأولى ها هنا بالسَماع .

قال الإمامُ : ولو أرادَ الداخلُ بعدَ أنْ قُضِيَ للخـارج ببينتـه ، وبعـدَ تسليمِ العينِ إليه من الداخلِ ، أنْ يدَّعيَ بالعين ، ويدَّعيَ الملـكَ المطلقَ فيهـا ، قـال الإمـامُ : تلقيتُ من كلامِ الأصحـابِ تردّداً في أنَّ دعواه المطلقـة هـل تُسْمـع ؟ وذهبَ الأكثرون إلى سماعِها بتأويلِ التلقي من الخارج ، وإنْ لم يذكره .

ومنهم من قالَ : لا بدَّ وأنْ يذكرَ في دعواه تلقيَ الملكِ من الخـارج الـذي قامت له البينة .

٣١٣ ـ **قلتُ** : هـذا الترددُ الـذي حكاه الإمـامُ لعلـه منسـوبٌ إلى القـاضي حسين ، وقـد ذكرنـا مـا عليـه من البحث ، لأنــه إذا لم يقر الـداخـلُ بملـكِ للخارج ، فكيف يُكلفُ دعوى التلقي من الخارج ، وإقامة البينة عليه ؟ هـذا ليس فيه دليلٌ صحيحٌ ، يظهرُ لنا فيه ، والذي رأيته أنا في « تعليق » القـاضي ضـدَ مـا ذكرَه الإمـامُ عنـه ، قـالَ القـاضي في « تعليقـه » في موضعٍ : إذا أقـامَ الداخلُ بينـةً بعـد القضـاء عليـه ، وقبلَ نزعِ العين من يـده ، فيـه وجهـان ، أصحها : لا تُسمع ، وبعدَ النزع مرتبٌ على ما قبل النزع ، ثم قـالَ : فَرعٌ : لو أقامَ الداخلُ بينـةً بعـد نزع العين من يـدِه بـأنـه اشترى العينَ من الخـارج ، أو

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وقع .

(٢) اللفظ من عندي ، وفي الأصل ونسخة ف : بينة .

(اتهبها)[1] منه ، وأقبضَها له ، لا تقبلُ بينتُه قولاً واحداً ، لأنَّ هذا يؤدي إلى نقضِ قضاء القاضي .

هذا (لفظُه)[2] ، وهو مناقضٌ لما حكاه الإمام عنه قطعاً .

المسألة السابعة : [الإقرار لغيره ثم ادعاؤه لنفسه] :

٢/٣١٣ ـ من أقرَ لغيرِه بالملكِ ، ثم ادّعاه مُطلقاً ، لم تُقبل دعواه حتى يدّعي تلقيَ الملكِ منه[3] ، خلافاً للقاضي حسين .

وخالف فيه جميعَ الأصحاب ، لأنه مؤاخذ[4] بإقرارِه في مستقبلِ الأمرِ ، فإنَّ الإقرارَ من أقوى الحججِ ، وعليه اعتمدَ السَّلفُ ، ومضت الصكوكُ في الأعصارِ الخالية ، ولولاه لم يكن في الأقارير فائدةٌ ولا مبالاةٌ بقول من يقول : أمكنَ انتقالُ الملكِ من المقَر له إلى المقِر بعد إقرارِه الأول ، فينبغي أنْ تُسمعَ دعواه بالملكِ مطلقا ، ويحملُ إطلاقُه على التلقي من المقَر له ، لأنه لما أقرَ للمقَر له بالملك ، ولزمَه حكم إقرارِه ، فإذا عادَ يدَعيه فمعناه : نقلته إليّ ، أو نقلتُه إلى من نقلَه إليّ ، وهذا يمكنُ إقامةِ (الحجة)[5] (عليه)[6] ، فإنَّ النواقلَ الشرعيةَ هي بيعٌ أو هبةٌ أو عوضٌ يجري مجرى دَيْنٍ ، وإذا أمكنَ إقامةُ البينةِ على السببِ الناقلِ مع سابقةِ الإقرار ، وجبَ إظهارُه بخلاف دعوى الملكِ ، لا مع سابقةِ إقرارٍ ، فإنَّ أسبابَ الملكِ كثيرةٌ ، فجازَ إطلاقُ الدعوى والشهادة به .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وهبها .

(٢) في الأصل : لفضه ، وفي نسخة ف : لفظه .

(٣) مغني المحتاج : ٤ / ٤٨١ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٤٤ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٦٤ ، وانظر صفحة ٢٣١ ، ٣١٢ .

(٤) في نسخة ف : لا يؤاخذ ، وهو خطأ .

(٥) اللفظ من هامش الأصل ، وفي المتن : الجهة ، وهو تصحيف .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إليه .

المسألة الثامنة : [٥٢ / أ] [دعوى الشراء من الداخل] :

٣١٤ ـ إذا أقامَ الخارجُ بينةً أنَّ المـدّعى بـه اشتراه من زيـدٍ وسلّمـه إليـه ، وشهدتِ البينةُ بمشاهدةِ ذلك ، لا على إقرارِهمـا بـه ، أعني : إقرارَ هـذا المـدعي المشتري ، وإقرارَ زيـدٍ البـائـع ، قـالَ العراقيـون ، ومنهم القـاضي أبـو الطيب والشيخان أبو إسحاق وأبو نصر : تنتزعُ[١] العينُ من يـدِ ذي اليـد ، ويُحكم بهـا للخارجِ ، قالوا : لأنَّ زيداً لا يُسلم ما في يـده ، إلا وهو ملكـه ، لأن الظـاهرَ أنَّ ما في يده ملكُه[٢] .

قال القاضي أبو الطيب : وهكذا لو قالتِ البينـةُ : نشهـدُ أنَّ زيـداً وقفَ هذه الدارَ على عَقبِهِ[٣] ، لم تُقبل حتى تقول : وقفها وكانت ملكَـه ، أو كانت في يده .

٣١٥ ـ **قلتُ** : هذه المسألةُ مسألةٌ عظيمةٌ ، أنا استشكلُهـا جـداً[٤] ، والـذي فهمتـه من كـلامِ المراوزةِ ومـذهبِهم ، أنَّهـا لا تنتزعُ من يـدِ ذي اليـد ، بمجردِ الشهادةِ بالابتياع والتسليم ومشاهدةِ ذلك ، إلا الشيخ أبـا علي السنجيَّ ، فـإنّـه وافـقَ العراقيين في « شرحِـه الكبير » ، بـل (أقـول)[٥] : لا ينبغي أنْ تُقبـلَ الشهادةُ بذلك ، بناءً على أن الشهادةَ باليدِ السابقةِ لا تُسمعُ على الأصحِ[٦] .

---

(١) في نسخة ف : تنزع .

(٢) المهذب : ٢ / ٣١٤

(٣) العقب : بفتح العين وكسر القاف الولد وولد الولد ، وليس له عاقبة أي ليس له نسل ، (المصباح المنير : ٢ / ٥٧٣)

(٤) في نسخة ف : كثيراً .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : القول .

(٦) قال النووي رحمه الله تعالى : ولا تجوز الشهادة على ملك بمجرد يد ، ولا بيد وتصرف في مدة قصيرة ، لكن يجوز أن يشهد باليد إذا رأى شيئاً في يد إنسان مدة قصيرة ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٩ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٢٩ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٠ ، المهذب : ٢ / ٣٣٦) ، خلافاً للحنفية فإنهم قالوا : بجواز الشهادة على الملك بناء على اليد ، (انظر : الهداية وشروحها : ٦ / ٢٣ ، درر الحكام : ٢ / ٣٧٥) .

وبيانُ هذا هو : أن الداخلَ يدُه حاضرةٌ محسوسةٌ ، وهي تدلُ على الملك ، وقولُ الشاهدِ : إذا شهدَ للخارج أنّه (يشهـد)[1] ببَيع زيـدٍ هـذه العين[2] ، من هذا الخارج ، وشهدَ بتسليمها منه ، وشاهدَ ذلـك من أمسِ ، أو من سنـةٍ مثلاً ، فقد شهدَ بابتياع تضمنَ يداً سَابقـة للبـائع ، ثم بيـدٍ سـابقـة أيضـاً ، (تعقبهـا المشتري)[3] ، فلا فرقَ بين هذا وبين قولِه : أشهدُ أنها كانت في يده أمس .

ولو شهـدَ بـاليـدِ أمسُ لم يُسمع على الصحيـحِ ، وإنْ سُمعت لم تُنتزع العينُ من ذي اليد الحاضرة ، بمجردِ الشهادة بها ، فكذا في هذه المسألة .

وقـد أطلنـا الفكرَ في هـذه المسـألـة والنظَر فيهـا ، فلم يظهرْ لنـا سـوى ما ذكرناه ، وهو عدمُ انتزاع ذلك من يدِ الداخل ، ووافقنا على ما صرنـا إليـه بعضُ مشايخنا بالموصل ، وبيَّنَ بعضُ الأصحـابِ المعـاصرين بـالشـام خلافٌ في ذلك .

٣١٦ ـ وخَرّجْنا على هذه المسألة مسألةً تقاربهـا وقعت عنـدنـا في الفتـاوى والأحكام ، وهو ما إذا أقام الخارجُ بينةً ، أنَّ زيداً أقر لـه بهـذه العينِ التي هي الآن في يدِ هذا الداخل من مدةِ سنةٍ مثلاً ، وأنّـه سلمهـا إليـه حـالـة الإقرار ، وكانت في يدِ المقِر حالةَ الإقرارِ ، وذكرتِ البينـةُ مشـاهـدةَ التسليم إلى المقَرِ لـه هذا الخارج :

قال بعضُ من يذهبُ إلى مذهبِ العراقيين في مسـألـةِ الشراء [٥٢ / ب] والتسليم فيـه : لا فرقَ بينَ المسـألتين ، وتُنتزع العينُ من يـدِ الـداخـلِ ، وتسلَّمُ إلى الخارجِ ، والحالة هذه .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : شهد .

(٢) في نسخة ف : الدار مثلاً .

(٣) ما بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : تعقبتها للمشتري .

٣١٧ ـ والذي **عندنا** في ذلك : (أنه)[١] لا فرقَ بين المسألتين في انتزاعها من يد الداخل ، بل في مسألةِ الإقرار أولى أنْ لا تُنْتزع ، لأنَّ الخارجَ لما اعترفَ بالإقرارِ من زيدٍ له ، وبيد المقر له قبل يده ، فقد اعترف أنَّ يدَ المقِرِ ليست يدَ مالك ، لأنَّ الإقرارَ إخبارٌ ، والمقِرُ بالشيء مخبرٌ بالملك للمقَرِ له ، وبأنَّ يَده نائبةٌ عن المقَرِ له ، فقد اعترفَ الخارجُ بأنَّ يدَ نفسه حصلت من يد مَنْ ليس بمالكٍ ، بل مخبرٍ بالملك ، فأولى أنْ لا تصلحَ مشاهدةُ هذه اليد للانتزاع من يدِ الداخل ، بخلافِ مشاهدةِ[٢] التسليمِ عن بائعٍ ، فإن يدَ البائع يدُ مالك .

فإذا اعترف بصيرورةِ يده عن يدِ البائع فقد اعترفَ بأنَّها نتيجةُ يدِ ملكٍ ومالك .

ثم الذي يدلُ على صحة ما ذكرناه في المسألتين أنَّ مجردَ اليدِ لا تدلُ على الملكِ عندنا بمجردِها ، بل لا بدَّ من شروطٍ ، تقدَّمَ ذكرُها من امتدادِ مُدة تصلحُ للدلالة على المِلك ، وتَصَرفٍ مُفتتحٍ من تهديمٍ وبناءٍ وإسكان وغير ذلك ، واستفاضةٍ بين الناس بالملك لصاحبها ، وعدم المنازعة ، على ما تقدم ذكره[٣] ، ولم يوجد في هذه اليد التي ذكرها الخارجُ في المسألتين شيءٌ مما ذكرناه ، سوى اليد[٤] ، ثم حاصل ما ذكرَ الشاهدُ بمشاهدةِ التسليم في الشراء أو الإقرارِ ذكرُ سببِ الملك ، وهو اليدُ ، وذكرُ سببِ الملك لا يكفي إذا شهدَ

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) في نسخة ف : مسألة .

(٣) انظر في تفصيل ذلك وبيان الشروط والأحكام المترتبة عليها نص النووي في المنهاج والشروح والحواشي عليه : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٩ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٢٩ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٠ ، المهذب : ٢ / ٣٣٦ .

(٤) العبارة في نسخة ف : ولم يوجد في هذه المسألة اليد التي ذكرها الخارج في المسألتين مما ذكرناه سوى اليد .

بالملك ، فكيف يكفي إذا لم يَشْهدْ به ؟ وقد مرّ هذا في موضعه[1] ، فظهرَ بما ذكرناه صحةُ (ما صِرْنا)[2] إليه ، وعلى الجملة ففي النفس من هذا كلِه ، ومن مخالفةِ العراقيين ، حزازاتٌ ، واللهُ تعالى المسؤولُ أن يوفقَ للعثورِ على الحقِ ، وأن يَهديَ إلى الصواب .

المسألة التاسعة : [بينة الملك أمس] :

٣١٨ ـ إذا أقام الخارجُ بينةً أنَّها مِلْكَهُ بالأمسِ ، ولم يتعرضْ للملكِ في الحال ، لم يحكم بهذه الشهادة على الجديد الصحيح[3] ، وسبيله أنْ يشهدَ أنها كانت ملكَه أمسَ ، ولم تزلْ إلى الآن ، أو هو الآن ملكهُ ، هكذا قاله الإمامُ والقاضي .

٣١٩ ـ **وعندي** : (أن فيه نظراً)[4] ، لأنه إذا شهد أنّه كانَ ملكَه أمس ، ولم نقبلْه بمجرده على الصحيحِ ، فإذا قالَ : ولم يزل إلى الآن ، كان نافياً محضاً ، فلا يُقبل ، نعم ، قوله : وهو الآنَ ملكُه كافٍ ، ويكونُ مستندُه في قولِه : هو الآن ملكُه[5] ، استصحابَه الملكَ الذي شهد به أمس ، وله أن يستصحبَه إذا لم يعلمْ هو مُزيلاً له ، لكن[6] بشرطِ أنْ لا يصرّحَ بذكر الاستصحاب ، [٥٣ / أ] ولو صرّحَ باستصحاب الملك أمس ، لعدم علمه

---

(١) فقرة ٣٠٨ من هذا الكتاب ، وسوف يأتي مزيد تفصيل لذلك فقرة ٣٨٦ ، صفحة ٣٦٤ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ما ميزنا .

(٣) نقل المزني والربيع أنه لا يحكم بهذه الشهادة ، وحكى البويطي أنه يحكم بها ، وقال أبو العباس ابن سريج : فيها قولان ، والصحيح أنه لا يحكم بها ، ورجحه النووي ، لأنه ادعى ملك الدار في الحال وشهدت له البينة بما لم يدعه ، فلم يحكم بها ، وقال أبو إسحاق : لا يحكم بها قولاً واحداً ، وما ذكره البويطي من تخريجه ، (انظر : المهذب : ٢ / ٣١٣ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٨٣ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٦٦ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٤٥) .

(٤) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : وفيه نظر .

(٥) في نسخة ف : في ملكه .

(٦) في نسخة ف : ولكن .

بالمزيل ، قال الأصحابُ : لا يقبل ، كذكره المستند في شهادة الرضاع .

وقال القاضي حسين : يقبل ، لأنّه يعلمُ أنّه لا مستندَ له سواه ، بخلاف الرضاع ، فإنّه يدرك بقرائنَ لا تعبرُ عنها العبارةُ[1] ، أمّا إذا قال : أشهدُ أنه كان ملكَه بالأمس ، ولا أعلمُ له مزيلاً :

قالَ : بعضُ الأصحاب : يكفي هذا ، وأكثرُهم قالوا : لا يكفي ، بل لا بدَّ من جزمِه بالشهادة بالمِلك في الحال ، أما إذا شهدتِ البينةُ للخارج بأنّه كان في يده أمس ، الجديدُ الصحيحُ أنه لا يسمعُ[2] أيضاً ، كما في الشهادة بالملكِ أمس ، بل أولى أن لا تسمعُ .

ومتى قلنا : تسمعُ الشهادةُ بالملكِ أمس ، ولم يُقمْ ذو اليد بينةً على ملكه ، انتزعت العينُ من يده ، وسُلمت إلى الخارج ، وهكذا إذا قلنا : تسمعُ الشهادةُ باليد أمس ، على المذهبِ الضعيف ، ولم تَقُم بينةٌ لذي اليد بالملك ، جُعِلَ الخارجُ صاحبَ يد ، وسلمت العينُ إليه .

٣٢٠ ـ **قلت** : وننبه ههنا على غلطةٍ في « الوسيط » غلطَها الشيخُ الغزالي ، رحمه الله تعالى ، فإنَّه قال بعدَ ذكرِ الشهادةِ بالملك لإنسانٍ أمس ، وأن الجديدَ لا يُسمع ، قال : ولا خلافَ أن البينةَ لو شهدت بأنّه كانَ في يدِ المدعي أمس قُبل ، وجعل صاحبَ يد .

هذا لفظهُ ، وهو من غَلَطاتِ هذا الكتاب ، والنقلُ الصحيح ما ذكرناه ، وهو المذكور في الطريقتين .

---

(١) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٣٨٣ .

(٢) في نسخة ف : لا تسمع .

[الشهادة بإقرار الداخل بالملك للخارج] :

٣٢١ ـ أما إذا شهدت بينةُ الخارجِ على إقرارِ الداخلِ أنَّ هذه العينَ كانت ملكاً للخارجِ أمس ، قال القاضي أبو الطيب : يحكمُ بها للمدعي الخارج ، وتنتزعُ العينُ من يد الداخلَ لوجودِ الإقرار[1] .

وذكر الإمامُ فيه خلافاً ، ومالَ إلى القبول ، قال القاضي أبو الطيب : فلو قامت بينةٌ للخارجِ على إقرارِ الداخلِ ، أنّها كانت في يدِ الخارج أمس ، أو ادّعى عليه الخارج ، فأقرَّ بأنّها كانت في يده أمس :

قال : قال أبو العباس[2] : إن قلنا : تُقبلُ الشهادةُ باليد أمس[3] ، فالإقرارُ باليدِ أمس أولى أنْ تقبلَ وترجحَ به ، وإنَّ قلنا : لا تقبلُ البينةُ باليدِ أمس ، فهل تقبلُ بالإقرارِ باليدِ أمس ؟ فيه وجهان .

٣٢٢ ـ والفرق أن البينة إذا شهدتْ باليدِ أمس فقد ثبتتِ اليدُ أمس فحسب ، والعينُ الآن في يد الداخل ، فقد حصلتْ يَدان لهما أمس ، لأن وجودَ يدِ الداخل الآن تدل على أنها كانت في يدِه أيضاً أمس ، ثم قد انفردَ الداخل بيدٍ حاضرة ، فقدمت الحاضرةُ .

أما إذا أقرَ باليدِ للخارجِ أمس فقد أزالَ يدَ نفسِه أمس ، وأثبتها للخارج ، فالظاهرُ بقاءُ [٥٣ / ب]يدِ الخارج فقدّمت بينته .

---

(١) والفرق بين الإقرار بالملك أمس ، وبين الشهادة بالملك أمس ، أن الإقرار لا يكون إلا عن تحقيق ، والشاهد بالملك قد يتساهل ويعتمد التخمين ، فإن لم ينضم إليه الجزم في الحال ضعف ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٣٨٣ ، شرح المحلي : ٤ / ٢٤٥ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٦٨) .

(٢) هو أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج ، المتوفي سنة ٣٠٦ هـ ، وتقدمت ترجمته في صفحة ٦٨ من هذا الكتاب .

(٣) نص الشافعي رحمه الله تعالى في (الأم : ٦ / ٢٤١) : على عدم قبول البينة التي أقامها الخارج أنه كان في يديه أمس ، لأنه قد يكون في يده ما ليس له .

وقال الشيخُ أبو عليّ : إذا أقرَ الداخل أنها كانت في يدِ الخارج أمس ، فيـه قولان مرتبان على ما إذا شهدت باليد أمس ، وأولى بالترجيح ههنـا ، وإنْ أقر أنّها كانت ملكاً للخـارج أمس ، ترجحت بينتـه قولاً واحـداً[1] ، بخلاف البينـةِ بالملك أمس .

المسألة العاشرة : [إقرار الداخل بالملك أمس] :

٣٢٣ ـ إذا ادّعى على الداخلِ شيئـاً في يـده ، ولم يَسبقْ من الـداخلِ إقرارٌ مطلقٌ للخارج ، ولا بيعٌ ، فقال الداخلُ في الخصومـة : كانت العينُ ملـكَ هـذا المدعي أمس ، قال صاحبُ « التقريب » : هل يكونُ هـذا كما لو شهـدت بينـةٌ أنها كانت في مِلك المـدعي أمس ؟ أم يكون هـذا الإقرارُ بمثـابـة إقرارٍ مطلقٍ ، تشهدُ به البينةُ على الداخل ، أنَّه أقرَ بأنها كانت في مِلـك المـدعي أمس ؟ فيـه وجهان .

قال الإمام : ولا نهاية (للطف)[2] هذا التفصيل ، قـال : ومـا أوصى بـه المنتهي إليـه أن يثبت في مضمـونـه ، فـإنـه مما تعمُّ بـه البلـوى ، وهـو جليٌ في نفسه ، خفيٌ على معظم من ينتسبُ إلى الفقه .

المسألة الحادية عشرة : [بينة الملك من سنة] :

٣٢٤ ـ إذا كانت العينُ في يدِ رجلٍ ، فأقامَ خارجٌ بينةً أنها له منـذُ سنـةٍ ، وأقـامَ الـداخلُ بينـةً أنهـا ملكُـه منـذ سنتين ، (فلا)[3] خلاف في تقـديمِ بينـة صاحبِ اليد[4] .

---

(١) وذلك أننا نقبل البينة على إقرار الداخل بالملك للخارج أمس ،فلأن نقبل إقرار الداخل بملك الخارج أمس أولى .

(٢) اللفظ في نسخة ف : للفظ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ولا ، وهو تصحيف .

(٤) انظر المهذب : ٢ / ٣١٢ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٨٣ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٤٥ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٦٦

فلو شهدت بينةُ الخارجِ بالملكِ من سنتين ، وشهدت بينـةُ الـداخلِ (بـأن الملك)[1] له من سنةٍ ، نص الشافعيُ على ترجيحِ بينة ذي اليد .

وذهب أبو إسحاق المروزي وتابعوه : إلى ترجيحِ البينـةِ بـالملـكِ القـديمِ ، فيكـونُ هـذا على قـولين ، هكـذا ذكره المـاوردي ، وذكرَ أن الظـاهرَ نصُ الشافعي ، وهو الترجيحُ باليدِ ، قالَ : وعليه الجمهورُ من أصحابه[2] .

ولهذه المسألةِ فرعٌ هو من تتمتِها ، وهي مسألةٌ سنذكرهـا سـادسـة عشرة ، إن شاء الله تعالى .

[تعارض البينتين من خارجين مع تقدم التاريخ] :

٣٢٥ ـ أما إذا كانت دارٌ في يدِ رجلٍ ، وتداعاها رجلان (خارجـان)[3] ، وأقام أحدهما بينةً ، شهدت أنها ملكُه منذ سنـةٍ ، وأقـامَ الآخرُ بينـةً ، شهـدت أنها ملكُه منذ شهر أو الآن ، (ففيه)[4] قولان :

قال الماورديُّ : الأظهرُ أنّه تقدمُ بينةُ الملكِ السابق[5] .

وقال القاضي أبو الطيب الطبريُّ : الأصحُ تقدمُ البينـةُ بـالملـك السـابق ، وكذلكَ قال الشيخُ أبو إسحاق[6] ، والقـاضي حسين ، والبغوي ، والشيخ شرف الدين ابن أبي عصرون ، والجماعة .

وأما الإمامُ والشيخ أبو نصر فلم يختارا شيئاً .

---

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : بالملك .

(٢) انظر الأم : ٦ / ٢٤٨ ، المهذب : ٢ / ٣١٢ ، الحاوي : ١٣ ق ٤٧ / أ وما بعدها ، مخطوط .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : خارجيان .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فيه .

(٥) الحاوي : ١٣ ق ٥٢ / أ ، مخطوط .

(٦) المهذب ، له : ٢ / ٣١٢ ، وانظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٨٢ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٤٤ ـ ٣٤٥ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٦٥ .

وأما الشيخُ أبو علي فإنّه خالفَ الجماعةَ كلَّهم في شيئين ، أحدهما : أنه قالَ : الأصحُ أنّه لا ترجحُ البينةُ بالملكِ السابق ، والأمرُ الثاني : أنه هذا الأصحُ عندَه نقله عن الجديد ، [٥٤ / أ] وأنَّ المزنيَّ والربيعَ نقلاه ، وقالَ : القولُ القديمُ ، وفي البويطي[١] ، واختاره المزني : الترجيح بالبينة السابقة .

فعنده أنّ القديمَ[٢] الترجيحُ ، وهو مختارُ الجماعةِ كلّهم ، وأنَّ البويطيَّ نقل ذلك ، والذي ذكره القاضي أبو الطيب وغيرُه أن البويطيَّ نقل التعارضَ وعدَم الترجيح[٣] ، فحصل التناقضُ بين النقلين .

المسألة الثانية عشرة : [بينة النِّتاج] :

٢٢٦ ـ شهدت بينةُ الخارج أنَّ الدابةَ التي في يدِ الداخلِ ملكُه[٤] ، نَتَجَتْ في مِلكِه ، وشهدتْ بينةُ الداخلِ أنها ملكُه ، ولم يذكر النتاجَ ، أو شهدت بينةُ الداخلِ بالمِلْكِ والنِتاج ، وبينة الخارج بالملكِ فقط :

نقل المزنيُّ في هذه المسألةِ أن بينةَ النتاجِ مقدَمةٌ قولاً واحداً ، وجعلَها أصلاً في ترجيح البينةِ الشاهدةِ بالمِلكِ المتقدمِ ، وهي المسألةُ الحاديةَ عشرةَ ، وفي زعمه : أنه لا خلاف فيها .

---

(١) يوسف بن يحي ، أبو يعقوب البويطي المصري الفقيه ، أكبر أصحاب الشافعي المصريين ، وخليفته في حلقته ، روى له الترمذي ، ولا أحد أبرع بحجته من كتاب الله منه ، قال الشافعي : ليس أحد أحق بمجلسي من يوسف بن يحي ، وليس أحد من أصحابي أعلم منه ، أبو يعقوب لساني ، له المختصر المشهور الذي اختصره من كلام الشافعي ، وهو أقل الكتب خطأ ، وكانت الفتاوى ترد إليه من السلطان فمن دونه ، حمل إلى بغداد فامتنع من القول بخلق القرآن ، فحبس حتى مات سنة ٢٣١ هـ ، وكان صالحاً متعبداً زاهداً كثير الذكر . (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٢ / ١٦٢ ، البداية والنهاية : ١٠ / ٣٠٨ ، النجوم الزاهرة : ٢ / ٢٦ ، طبقات الفقهاء : ٩٨ ، الخلاصة : ٣ / ١٩٠ ، وفيات الأعيان : ٦ / ٦٠ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٧٥) .

(٢) نسخة ف : للقديم .

(٣) وهذا ما نقله الشيرازي عن البويطي في (المهذب : ٢ / ٣١٢) ، وانظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٨٣ .

(٤) اللفظ في نسخة ف : ماله .

قال الأصحابُ : في مسألةِ النتاجِ قولان ، كالمسألـةِ المختلَف فيهـا ، حكاه الجماعةُ كلُّهم ، قالوا : ومنْ أصحابنا من قـالَ في مسـألـةِ النتـاجِ : تُقَـدَّمُ البينـةُ الشاهدةُ به قولاً واحداً[1] ، وفرّق بينها وبينَ المسألةِ (المتقدمة)[2] .

قال المـاورديُّ : من أَصحـابنـا من نقلَ عن ابن سُرَيْج أن مسـألـةَ النِتـاج ليست من منصوصات الشافعي ، وإنما أوردها[3] المزنيُّ من تلقاء نفسه ، وذهب جمهورُ أصحابنا إلى صحةِ نقله ، وأن بينةَ النِتاج أقوى عند الشافعي من البينـةِ بقديمِ الملك ، وإنْ لم تكن المسـألـةُ مسطورةً ، فقـد نقلـهُ عنـه سمعـاً ، وهكـذا ذكره[4] الشيخ أبو علي في « شرحه الكبير »[5] .

المسألة الثالثة عشرة : [الإقرار بالعين لأحد المتداعيين] :

٣٢٧ ـ إذا تداعيا عينا في يدِ ثالثٍ لا يدّعيها ، وأقامَ كلُّ واحدٍ منهما بينـةً بالملك له ، وتساويا في عدمِ الترجيح ، فلو أقرَّ ذوُ اليد لأحدهما بها ، مع كونـه لا يدّعيها لنفسِه ، هل يُرجَّحُ المقَرُّ له بإقرارِ ذي اليد له ؟ فيه قولان ، الأصحُ [أنْ يُقضى للمقَر لـه ، ويعتبرُ إقرارُه مرجحـاً ، لتعـارض البينتين ، ويصبـحُ المقَر له هو صاحبُ اليد][6] .

المسألة الرابعة عشرة : [البينة على كذب بينة سابقة] :

٣٢٧ / ٢ ـ إذا أقام الخارجُ بينةً على إنسانٍ بحقٍ فأقامَ المدعى عليه بينةً أن

---

(١) انظر : المهذب : ٢ / ٣١٢ ـ ٣١٣ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : المقدمة .

(٣) في نسخة ف : أفردها .

(٤) في نسخة ف : نقله عنه .

(٥) انظر : الحاوي : ١٣ ق ١٥٧ / ب ، مخطوط .

(٦) مـابين القوسين من عنـدي ، ويوجـد مكانها في نسخـة الأصل : « بيـاض في الأصل » ، وقـد أكملت المعنى حسب الأحكام الفقهية ، (انظر : المهذب : ٢ / ٣١٣ ، وسائل الإثبات : ٢ / ٨٢٢) ، ولم يرد شيء في نسخة ف ، لأن الكلام توقف فيها عند عبارة : فيه قولان .

بينة المدعي شهدت بذلك عند حاكمٍ ، فردَّ شهادتَها لفسقِها ، بطلتْ شهادتُها ، وإنْ ثَبَتَت توبتُها وعدالتُها على المذهبِ ، وفيه وجهٌ بعيدٌ أنها تُقبل الآن .

قال في « الانتصار »[1] : وهو بعيدٌ ، لأن ظهورَ توبتِها وعدالتِها يُتهمان فيها ، لقصدِ تنفيذ القولِ .

[التحليف على عدم فسق شهوده] :

٣٢٨ ـ ولو أقامَ الخارجُ بينةً بالملكِ له ، فقال الداخلُ : هو يعلمُ أنَّ شهودَه فسقةٌ ، وطلبَ إحلافَه على نفيِ العلم ، بفسقِهم ، هل تُسمع منه دعواه [٥٤ / ب] ويحلِف ؟ فيه وجهان ، أصحهُّا عندي نعم ، وكذلك لو قالَ : أقرَّ لي بهذه العينِ ، هل له تحليفُه ؟ فيه وجهان يَجريان في كل ما ليسَ عَيْنَ الحقِ المدعى به ، ولكنه (يُسمع)[2] في الحقِ المدعى به .

ولو أقرَّ به ، هل يحلفُ إذا طلبَ ؟ فيه وجهان ، الأصحُ نعم .

[اليمين أنه حلفه] :

٣٢٩ ـ وكذلك لو توجهت اليمينُ على المدعى عليه ، فقالَ : قد حلفني مرةً في هذا الحق ، فحلِّفْه أنه لم يُحلفْني ، هل تُسمع هذه الدعوى ، ويحلف ؟ فيه وجهان[3] .

[لا يمين على الحاكم والشاهد] :

٣٣٠ ـ ولا خلاف أنه[4] لا تُسمع الدعوى على الحاكمِ والشاهدِ بالكذبِ ،

---

(١) الانتصار : للقاضي أحمد بن عمر بن سريج ، أبو العباس سنة ٣٠٦ هـ ، وقد تقدمت ترجمته في صفحة ٦٨ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ينفع .

(٣) انظر : الروضة : ١٢ / ٤٢ .

(٤) في نسخة ف : أنها .

ولا يتَوجَه الحلفُ[1] ، وإنْ كان ينفعُ ، وسببهُ أنه يؤدي إلى فتحِ بـاب يجرُ إلى فسادٍ عظيم .

المسألة الخامسة[2] عشرة : [تعارض البينات] :

٣٣١ ـ إذا تعـارضت البيِّنتـان ، (فـإنْ)[3] كانتـا مطلقتين أو مـؤرختين بتاريخٍ واحدٍ ، أو إحداهما مطلقةٌ ، والأخرى مقيّدَةٌ ، فمـذهبُ الشـافعي رضي الله عنـه أنَّ الحكمَ فيهما سـواء ، وقــد تعــارضتِ البينتــان[4] ، وفيهما قـولان ، أصحهُما أنهما يتهـاتران ، ويصيرُ كما لـو لم يكن لـواحـدٍ منهما بينةٌ ، وهـذا هـو اختيـارُ الجمـاعـةِ العراقيين وبعضِ المراوزة[5] ، والثـاني يُستعمـلان ، وفي كيفيـةِ الاستعمال ثلاثـةُ أقوال : أحـدُهـا : يـوقفُ الأمرُ إلى أنْ يصطلحـا ، والثـاني : يقسم بينهما ، والثالث : يُقرع بينهما ، فلو خَرَجَت القرعـة لواحـدٍ ، هل يحلف على أن العينَ ملكُـه ؟ فيـه وجهـان ، أصحهُما عنـد الشيـخ ابن أبي عصرون لا يحلفُ .

[اليمين مع القرعة] :

٣٣٢ ـ فإن قُلنا : يحلف ، هل يتوقفُ على طلبِ المـدعي الآخر ؟ هـذا لم أرَه مصرحاً بـه إلى الآن ، والـذي فهمتـه من كلامِ الأصحـابِ ، أنـه لا بـدَّ من طلبِ الخصم .

---

(١) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٧٦ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٤١ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٥٦ .

(٢) في نسخة ف : السادسة .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وإن .

(٤) قال النووي رحمه الله تعالى : ولو أطلقت بينة وأرخت أخرى فـالمذهب أنهما سواء ، أ . هـ ، لأن المطلقة كالعـامـة بـالنسبـة إلى الأزمـان ، ولو فسرنـاهـا ربمـا أُرخت بـأكثر ممـا أرخت بـه المؤرخـة ، (انظر : مغني المحتـاج : ٤ / ٤٨٢ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٦٥ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٤٥) .

(٥) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٨٠ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٦١ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٤٣ ، المهذب : ٢ / ٣١٢ .

وقال الماوردي : هل يَحلِفُ من خَرجتْ قرعتُه له ؟ فيه قولان ، من اختلافِ قول الشافعي رضي الله عنه في القُرعةِ ، هل دَخَلت ترجيحاً للدعوى ، أو البينة ؟ فيه قولان .

إنْ قلنا : لترجيح البينةِ[1] ، فلا يحلف .

وإن قلنا : لترجيحِ الدعوى[2] ، فيجب إحلافُه[3] .

فعلى هذا يكون فيما (يثبتُ)[4] به الحقُّ وجهان ، أحدهُما : باليمين مع البينة ، وتكون يمينه بالله ، إن ما شهدت به بينتُه حقٌ ، وهذا قد نصَّ عليه الشافعيُّ[5] ، والثاني : أن الحقَ ثبتَ بيمينه ترجيحاً[6] بالبَيِّنةِ ، وعلى هذا يَحلف بالله ، لقد اكتريتُ منه الدارَ بكذا .

وقال ا بنُ سُرَيْجٍ : متى اشتملت إحدى البينتين (على زيادة في المشهود به ، حكم بأزيدِ البنيتين)[7] ، فإنْ كانَ الاختلافُ في الأجرةِ حكَمَ (بأكثرِها)[8] قدراً ، فإنْ كانَ في المدة حكم بأكثرِهما مدةً ، والصحيحُ التعارضُ .

فإن قيل : فإذا كانت العينُ المدعى بها في يدِ ثالثٍ يدعيها لنفسه ، وقد ادّعاها خارجيان [٥٥ / أ] وأقامَ كلُ واحدٍ منهما بينةً ، شهدتْ أنّها له ، ولم يُوجد في إحداهما ترجيحٌ على الأخرى ، وقلنا بالتعارضِ والتهاترِ على

---

(١) العبارة في نسخة ف : الترجيح للبينة .

(٢) العبارة في نسخة ف : الترجيح للدعوى .

(٣) الحاوي ، للماوردي : ١٣ ق ٥٢ / ب ، مخطوط .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ثبت .

(٥) وعبارة الشافعي رحمه الله في (الأم : ٦ / ٢٨٠) : « حلف بالله ... إن ما شهد به شاهدي فلان بن فلان ، وهو كذا وكذا ويصفه ، لَحَقٌ كما شهدَ به » أ . هـ ، وهذا في الشاهدَ مع اليمين .

(٦) اللفظ في ف : وتترجح .

(٧) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقطة من الأصل .

(٨) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بأكثرها .

الصحيح ، وفَرَّعْنا عليـه ، ولا شـك أن القولَ قولُ ذي اليـد (مع يمينـه ، فهل تنزعُ العينُ من ذي اليـد)[1] ، لأن البينتين اتفقتـا على (أنهـا ليست)[2] ملكا لذي اليد ، فكان تجبُ إزالة يده ؟

قلنا : لا تزالُ يده قولاً واحداً ، لأنَّ كلَ بينةٍ لم يثبت بها ما شهدت به ، فلم تكنْ حجةً لصاحبها على ذي اليد ، فلم تنتزع يدُ ذي اليد بذلك .

ثم قـال المـاورديُّ ، بعـد حكايـة الأقوالِ في تعـارضِ البينتين ، قـال : إذا تعـارضت البينتـان في عقـدِ الإجـارةِ لم يُخَرَّج في تعـارضها فيـه إلا قـولان ، أحدُهما : إسقاطُها ، ويتحالفُ (المتداعيان)[3] ، والثـاني : الإقراعُ ، ولا يجيءُ فيـه تخريـجُ القـول الثـالث : أنـه يُقسمُ بينهما ، لأن قسمـة العقـدِ لا تصح ، ولا يجيء فيـه تخريجُ القولِ الرابعِ : أنـه يكونُ موقـوفـاً ، لأن وقفَ الـدعـوى والبينة متعذرٌ .

هذا لفظه ، وغيرُه قالَ : لأنَّ العقودَ لا توقف[4] .

المسألة السادسة عشرة : [إقرار ذي اليد لأحد المتداعيين] :

٣٣٣ ـ دارٌ في يدِ رجلٍ تداعاها رجلان ، ادّعى واحدٌ أنَّها له غَصبَهـا منـه ذو اليد ، وأقامَ على ذلك بينةً ، وأقامَ الآخرُ بينةً أنها له ، أقرَّ له بها ذو اليد ، حُكِم بالدارِ للمَغْصُوبِ منه .

فإن قيل : فهل على المقرِ الذي ثبتَ غَصْبُه غُرْمٌ لمن أقرَ لـه بهـا على أحـد قولي الغرم ، كمن أقر بدارٍ لزيدِ ثم أقرَّ بها لعمرو ؟

(١) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) ما بين القوسين من هامش الأصل .

(٣) اللفـظ من نسخـة ف ، وهـو المتفـق مع نص المـاوردي في (الحـاوي : ١٣ ق ٥٢ / ب) ، مخطـوط ، وفي الأصل : المداعيان .

(٤) الحاوي ، له : ١٣ ق ٥٢ / ب ، مخطوط .

قلنا : لا غرمَ (لمن أقر له بها)[1] ههنا ، قولاً واحداً ، بخلاف تلك المسألة ، لأن استهلاكَ الدار على المقَر له ههنا كان بالبينة ، بخلافِ مسألة الغرم في أحد القولين ، فإن الاستهلاكَ كان على الثاني بإقرارِه للأول ، فغَرم[2] .

المسألة السابعة عشرة : [اختلاف السبب بين المتداعيين] :

٣٣٤ ـ عينٌ في يدِ رجلٍ ، قال مدعٍ : هي لي أودعتكها ، وأقامَ بينةً على ذلك ، وقال آخرُ : هي لي أجرتكها ، وأقامَ على ذلك بينةً ، تعارضت بينتاهما ، وفيها الأقوال .

المسألة الثامنة عشرة : [التنازع على عين في أيديهما] :

٣٣٥ ـ إذا كانَ في يدهما دارٌ ، فأقام كلٌّ منهما بينةً أنها له ، ولم تتقدم بينةٌ في تاريخٍ على بينةٍ أخرى ، بل تساويا ، فقد أقامَ كلٌّ منهما بينة بملكِ جميع الدار التي نصفُها بيده ، ونصفُها بيدِ الآخر ، فصارَ له فيما بيده بينةُ داخلٍ ، وفيما في يدِ صاحبه بينةُ خارج ، فتتعارضُ البينتان في الدخول والخروج .

فإن قلنا : إنَّهما يسقطان ، حَلف كل (واحدٍ)[3] منهما لصاحبهِ ، وأُقرتِ الدارُ في أيديهما ، وإن قلنا : يُستعملان ويُقسم بينهما ، فلا يمينَ عليهما ، بل تجعل في يدهما .

[التاريخ السابق] :

٣٣٦ ـ أما إذا شهدتْ [٥٥ / ب] بينةُ أحدِهما بقديم[4] الملك ، وشهدتْ

---

(١) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) في نسخة ف : بإقراره الأول فيغرم .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٤) اللفظ في نسخة ف : بتقدم .

بينةُ الآخر بحديثِ ملكٍ ، فإن لم يوجب هذا ترجيحاً ، فالجوابُ ما مضى ، وإن أوجبَ ترجيحاً ، وهو تقديمُ بينةِ الملكِ القديم ، خَلَصَ لصاحبها النصف الذي بيده ، ويقابلُ في النصفِ الآخر ترجيحُ البينة بقديمِ الملك ، وترجيحُ البينة بحديثِ الملك بيده فعلى قول أبي اسحاق المروزي : يُحكمُ به لمن ترجحت بينته بقديم الملك ، فتصيرُ جميع الدار له .

وعلى الظاهر من مذهبِ الشافعِّي (رضي الله عنه)[1] ، وجمهورِ أصحابه ، يُحكمُ بالنصف الآخر لصاحبِ اليد ، لأنَّ الترجيحَ باليدِ عند هؤلاء[2] أقوى من الترجيح بقديمِ الملك ، فتصيرُ الدارُ بينهما نصفين بغيرِ يمينٍ منهما قولاً واحداً .

المسألة التاسعة عشرة : [ملك مع سبب ، وملك مطلق] :

٣٣٧ ـ أقام الخارجُ بينةً أن العينَ ملكُه ، اشتراها من فلان ، أو اتهبها وقبضها ، وبَينَت سببَ الملك ، وأقام ذو اليد بينةً ، أنّها مِلكه ، وأطلقت ، ولم تبين سبباً ، نصَّ الشافعيُّ رضي الله عنه أنَّ بينةَ الداخلِ أولى ، لأنَّ معه بينةً ويداً ، وعند ا بن سُرَيْج بينةُ الخارجِ أولى ، لأن معها زيادة علمٍ .

المسألة العشرون : [الترجيح بالقبض على السبب] :

٣٣٨ ـ إذا شهدت بينةٌ لمدعٍ أنَّ الداخلَ باعه هذه العين ، وشهدت بينةٌ لمدع آخر أنّه باعه هذه العين ، وقبضَها منه ، هل تترجحُ بينةُ القبض ؟ فيه وجهان ، ونصَّ الشافعيُّ على الترجيحِ به ، لأنَّه بالقبضِ منبرمٌ ، بخلافِ قبل القبض ، فإنه متَردِّدٌ ، فلذلك تقدم بينة القبض .

---

(١) ما بين القوسين من نسخة ف .

(٢) اللفظ مرسوم هكذا في نسخة ف ، وفي الأصل : هاولا .

المسألة الحادية والعشرون : [تعارض بينة الشراء مع بينة الشراء والعتق] :

٣٣٩ ـ رجلٌ في يدهِ عبدٌ ادَّعى عليه رجلٌ أنه اشترى منه هذا العبدَ وأعتقه ، وادّعى آخر أنه اشتراه منه ، وأقامَ كل منهما بينةً ، اختلف فيه أصحابنا ، منهم من قالَ : تتعارضُ البينتان ، وهو الأظهرُ ، ومنهم من قالَ : بينةُ العتق أولى ، ذكره أبو الطيب الطبري .

المسألة الثانية والعشرون : [التداعي بعين في أيديهما والتحالف] :

٣٤٠ ـ تنازعا داراً في يدهما[1] ، ادّعى كلُ واحدٍ ملكَ جميعها ، ولا بينةَ لهما ، تحالفا عليها ، فيحلفُ كلُ واحدٍ منهما ، إنَّه مالكٌ لنصفِها ، ولا يحلفُ إنه مالكٌ لجميعها ، وإنْ كانَ مدعياً لجميعها ، وفيه وجهٌ آخر ، أنه يحلفُ على الجميع ، اعتباراً بالدعوى[2] ، هكذا ذكره الماوردي .

وقال القاضي أبو الطيب في « التعليق » : يحلفُ على النصفِ ، ولا يجوزُ أن يُستحلفَ على الكل ، قالَ : ومن صارَ إلى أنَّه يَحلِفُ على الكلِ فقد أخطأ ، قال : وهكذا الحكمُ فيه إذا تداعيا حائطاً بين داريهما ، أو سقفاً بين سفلٍ [٥٦ / أ] وعلوٍ يحلفُ كلُ واحدٍ منهما على النصفِ ، ولا يحلفُ على الكل ، لما بيناه .

وقال الماوردي في كتاب الصلح : إذا تداعيا حائطاً بينهما ، ولا بينةَ لواحدٍ منهما ، ولا دلالةَ ، جُعل بينهما نصفين ، وفي قَدْرِ ما يَحلفُ كلُ واحدٍ منهما وجهان ، أحدُهما : يحلفُ على نصفِه ، لأنه يحلفُ على ما يصير إليه

---

(١) في نسخة ف : يديهما .

(٢) وهذا الوجه هو الراجح في المذهب ، وهو ما صرح به الماوردي في النص الذي نقله عنه المصنف في آخر هذه الفقرة ، (وانظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٨٠ ، المهذب : ٢ / ٣١٢) .

بيمينـه ، وهو النصفُ ، والثـاني : وهو قولُ جمهـورِ الأصحـاب ، أنـه يحلفُ على جميعهِ ، لأنَّه يحلفُ على ما يَدعيه ، وهو يَدعي جميعَه .

[التحالف بالنفي والإثبات] :

٣٤١ ـ ثم على كلا الوجهَين ، لا بدَّ من أنْ يتضمنَ يمينةُ النفيَ والإثبـاتَ ؛ لأنـه (يَنْفي)[١] مِلـكَ غيرِه ، ويُثبتُ مِلـكَ نفسـه ، (ولكن)[٢] هـل يُكتفي منـه بيمينٍ واحـدةٍ للنفي والإثبـات ؟ أم لا بـدَّ من يمينين ، إحـداهمـا للنفي ، والأخرى للإثبات ؟ فيه وجهان ، هذا كلامُ الماورديِّ في كتاب الصلح .

وقال[٣] الماورديُّ في متاعِ البيت ، إذا اختلفَ فيه الزوجان ولا بينةَ لهما ، ولا لأحدهما[٤] : يحلفُ[٥] كلُّ واحدٍ منهما على نصفِه ، وجُعلَ بينهما نصفين ، ولا يحلفُ على ما في يدِ صـاحبـه[٦] ، وعنـدَ أبي حنيفـةَ رضي الله عنـه : يحلفُ كلُّ واحدٍ على جميعه ، وهذا يناقضُ[٧] مـا ذكرَه في مسـألـةِ الحـائـطِ ، ويجب طردُ الخلافِ في (مسألة)[٨] متاع البيت[٩] .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : نفى .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لكن .

(٣) في نسخة ف : ثم قال .

(٤) في نسخة ف : ولا لواحد منهما .

(٥) في نسخة : حلف .

(٦) كتاب الحاوي ، له : ١٣ ق ٨٣ / أ ، مخطوط برقم ٥٠١ .

(٧) في نسخة ف : مناقض .

(٨) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٩) يرى الحنفية أن الزوجين إذا اختلفا في متاع البيت ، ولا بينة لهما ، ولا لأحدهما ، فما يصلح للرجـال فهو للرجل مع يمينه ، وما يصلح للنساء فهو للمرأة مع يمينها ، وما يصلح لهما بـالاستعمال فهو للرجل مع يمينـه لثبوت يـده على البيت وما فيـه ، وقـال زفر في أحـد قولين : إن مـا يصلح لهما يقسم بينهما بعـد اليمين ، لاشتراكهما في اليـد ، بينمـا يرى الإمام أبو حنيفة خلافاً للصـاحبين : أن الحـائـط بين الـدارين يكون بينهما ، ولا عبرة لوجـه الحـائـط ، أو اتجـاه أحدهما أو اتصاله ببنائه اتصال تربيع أو فتح طاقات واتجاه الغلق لأحدهمـا دون الاخر . (انظر : رد المحتـار على الـدر المختار : ٥ / ٥٦٣ ـ ٥٦٤ ، تكلمة فتح القـديـر : ٦ / ٢٠٩ ، البـدائع : ٨ / ٣٩٩٩ ، معين الحكام : ١٢٦ ، مجلـة الأحكام ، =

وقال الشيخُ أبو علي : يحلفُ كلُ واحدٍ باللهِ ، لا يلزمُني تسليمُ ما في يدي إليك ، ثم يُقسم نصفين بينهما .

وقال الشيخُ أبو نصرٍ : يحلفُ كلُ واحدٍ منهما على ما في يده ، وهو نصفه .

المسألة الثالثة والعشرون : [تعارض البينتين على الشراء] :

٣٤٢ ـ ادّعى رجلٌ أنه ابتاعَ هذه العين من زيدٍ بمائةٍ ، ونقده الثمن ، وأقام بينة بذلك ، وادّعى آخر أنّه ابتاعَها أيضا من زيدٍ بمائةٍ ، ونقده الثمن ، وأقام عليه بينةً ، فإن كانَ تاريخها واحداً أو مطلقتين ، أو إحداهما مطلقة ، والأخرى مؤرخة ، نظرت :

فإن كانت العين في يدِ واحدٍ منهما قضي بها لمن هي في يده ، وإن كانت في يد زيدٍ البائعِ ، تعارضتا وسقطتا على الصحيحِ ، ورَجَعَت إلى من في يده العين ، فإنْ أنكرهما حلفَ لكلِ واحد منهما يميناً منفردةً ، وإنْ أقرَ لأحدهما سُلمت إليه ، ويحلف للآخر[1] على أصح القولين ، وإنْ أقرَ لهما جُعلت بينهما نصفين ، وحَلفَ لكل واحدٍ منهما على النصفِ الآخر ، على أصح القولين .

المسألة الرابعة والعشرون : [ادّعاء حرية الأصل] :

٣٤٣ ـ إذا رأينا عبداً بالغاً في يدِ إنسانٍ ، فادَّعى أنه حرُ الأصل ، فالقولُ قوله مع يمينه ، وإن كانَ صغيراً لا يميزُ ، وكانَ السيدُ يَدّعي رقه ، ويستخدمه ويستسخرُه ، فالقولُ قوله .

= المادة ١٧٧١ ، مراة المجلة : ٢ / ٤٨٩ ، درر الحكام : ٢ / ٣٤٢) .

بينما يرى الشافعية أن الزوجين إذا اختلفا في متاع البيت ، ولا بينة لهما أو لأحدهما ، فهو بينهما نصفين ، لأنه بأيديهما ، ولا عبرة للاستعمال والعادة والظنون . كما يقول الشافعي رحمه الله ، (انظر : مختصر المزني : ٥ / ٢٦٧) ، وانظر آراء الفقهاء مع المقارنة في رسالتنا (وسائل الإثبات : ٢ / ٤٨٩) ، والمراجع المشار إليها .

(١) العبارة في نسخة ف : ولا يحلف للآخر .

فلو تميَّز[1] هذا الصغيرُ ، وادَّعى أنه حرُ الأصل ، هل يقبلُ قوله ؟ [٥٦ / ب] فيه وجهان مأخوذانِ من صحةِ إسلامه ، فإنْ قلنا : لا يقبلُ قوله في حال تمييزه ، فلو بلغَ فادّعى أنّه حُر الأصلِ ، هل يقبلُ قوله أيضاً ؟ فيه قولان .

أما إذا كانَ لم يتصرف في (الصغيرِ)[2] تصرفاً يستدعي الملكَ ، ولم يدّع رقّه ، فمن أصحابنا من قالَ : لا يحكمُ برقه ، حتى إذا بلغَ وادّعى الحرية قُبل مذهباً واحداً ، ومنهم من قالَ : هذا بمثابةِ ما لو ادعى رقّه ، أو تصرفَ تصرفاً يستدعي المِلكَ ، هذا ما ذكره الإمامُ والقاضي حسين .

وقال القاضي أبو الطيب الطبريُّ : إذا كانَ في يده صغيرٌ لا يميزُ ، (وادَّعى)[3] أنه مِلكُه ، حكمَ له بأنّه مملوكُه ، فلو بلغَ وقالَ : لستُ بمملوكٍ له ، لم نلتفت إلى قولِه ، لأنّا قد حكمنا بأنّه ملكه ، واستقر ذلك ، فلا نزيله بقوله ، ولكن له استحلافه .

وهكذا الحكم فيه إذا كانَ الصغيرُ في يده ، ولم يدّعِ ملكَه إلى أن بلغَ فادّعى ملكه ، وأنكرَ الصغيرُ ذلك ، لم يُلتفت إلى إنكاره .

أما إذا كانَ الصغيرُ مميزاً ، ظاهرُ المذهب أنّه لا يُحكمُ لمن هو في يده بالملك له ، ومِن أصحابنا من قالَ : يُحكمُ له بملكِه ، وهو الصحيحُ ، هذا ما ذكره الطبري .

وقال الماورديُّ : إذا كانَ في يدهِ عبدٌ صغيرٌ لا يميزُ ، فادعى رقَه ، حكم له به ، فإن بلغَ وادّعى الحرية لم يُقبل قوله ، ولو كان الصغير يستخدمه ذو

---

(١) في نسخة ف : ميز .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الصغر .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فادعى .

اليد ، ولم يدّع رقَه حتى بلغَ ، فادّعى رقَه بعدَ بلوغه ، هل يحكم له برقهِ بدعواه ؟ فيه وجهان ، أحدهما : نعم ، وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني ، والثاني : لا ، وهو أظهرُ الوجهين **عندي** ، أما إذا كان مميزاً ففي ثبوت رقه بمجرد اليد وجهان ، هذا ما ذكره الماوردي[1] .

وقال الشيخُ أبو نصر : إذا كانَ الصغيرُ في يد إنسانٍ ، ولا تمييزَ له ، فادّعى أنّه له ثبتَ له ذلك بقوله ، فلو بلغَ (وادّعى)[2] الحريةَ لم يقبل قولُه ، ولو كان الصغيرُ في يدهِ يستخدمهُ ويستسخره ، لكن لم يَدّع رقَه ، فلما بلغ ادّعى الحريةَ ، وادّعى من كانَ في يدهِ أنّه عبدُه ، فالقولُ قولُ ذي اليد مع يمينه .

وحكى القاضي أبو الطيب في « شرح الفروع » وجهاً : أنّه إذا بلغَ كان القولُ قولَه مع يمينه ، أما المميزُ : هل يثبتُ المِلكُ[3] عليه بدعوى من هو في يدِه الرقَ ، مع إنكار المميز ؟ فيه وجهان .

قال الشيخُ أبو علي في « شرحه الكبير » : إذا كانَ في يدهِ صغيرٌ لا يميزُ ، ويدّعي رقَه فيُحكم له به ، فلو بلغَ وادّعى الحريةَ ، هل يُقبل (قوله)[4] ؟ فيه وجهان ، قالَ العراقيون : لا يُقبل ، والثاني : يُقبل ، وعلى المدّعي البينة ، وهكذا لو كان (يتخول)[5] الصغيرَ في يده ، (ولكن)[6] لمْ يدَّعِ

---

(١) الحاوي ، له : ١٣ ق ١٤٨ / أ

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ادعى .

(٣) في نسخة ف : هل تثبت اليد .

(٤) اللفظ من نسخة ف زيادة عما في الأصل .

(٥) أي يتعهده ويتولاه ، من قولهم تخول فلاناً أي تعهده ، (القاموس المحيط : ٣ / ٣٧١) ، واللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : تخول .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لكن .

مِلكَه [٥٧ / أ] حتى بلغَ ، ثم ادَّعى ملكه ، وأنكر ، هل يقبل قوله ؟ فيه وجهان .

[دعوى رق المميز] :

٣٤٤ ـ أما المميزُ إذا ادعاهُ ذو اليدِ فأنكرَ هو ، وقالَ : أنا حرُ الأصلِ ، هل يُقبلُ قولهُ ؟ فيه وجهان[١] .

المسألة الخامسة والعشرون : [سؤال العبد والأمة عن الرق عند الشراء] :

٢٤٥ ـ إذا اشترى عبداً أو أمةً ، وكانَ بالغاً ، فالاحتياطُ أنْ يسألَه المشتري عن رقِه ، فإن اعترفَ أنـه رقيقٌ للبـائعِ اشتراه ، وهل يُشترطُ في صحـةِ شرائـه إقرارُه لبائعِـه بـالرق ؟ المشهورُ لا يُشترط ، وقـال الشيخُ أبو محمـد : لا بـدَّ من هذا ، فلو اشتراه ولم يعترف بالرقِ للبائع ، ولا قامت بينةٌ برقِه[٢] للبـائع ، ولا على إقرارِه بالرقِ للبائع ، ثم ادّعى أنه حرُ الأصل ، ولم يُحْكَمْ برقِه للبائع ، بناءً على أنه كانَ في يـده صغيراً يستخـدمـهُ ويـدّعي رقَـه ، فـالقولُ قولُ العبدِ مع يمينه ، والحالةُ هذه .

وإذا[٣] حلفَ ، وانتزع من يـدِ المشتري ، فهـل يرجـعُ على البـائـع بـالثمن الذي قبضه منه ، ولم يعترف المشتري أيضـاً بـالملـك للبـائع ؟ قـال القـاضي أبو الطيب الطبري في « شرح الفروع » : إنه لا يَرجعُ قولاً واحداً ، بخلافِ مـا لو ثبتت حريتُه بالبينة ، فإنه يرجعُ بالثمن .

وقـال الإمـام في هـذه المسـألـةِ : قـال الشيخ أبو علي : في الرجوعِ بـالثمن نظرٌ ، وبالجملة فالمسألةُ متجهةٌ .

---

(١) في الأصل تكرار خمسة أسطر ، من قوله : قال الشيخ أبو علي ، وفي المكرر الأول عند العبارة الأخيرة غموض ، وهي : أما المميز هل من يثبت الملك عليه بدعوى من هو في يده الرق ، مع إنكار المميز ؟ فيه وجهان .

(٢) اللفظ في نسخة ف : على رقه .

(٣) اللفظ في نسخة ف : فإذا .

المسألة السادسة والعشرون : [زيادة العدد في البينة] :

٣٤٦ ـ في اشتمال إحدى البينتين على زيادةِ عددٍ ، أو تفردٍ بما يظن ترجيحاً ، والخلاف في ذلك ، وهذه المسألةُ تجري مجرى قاعدةٍ متأصلةٍ في تعارض البينتين ، فنقول :

إذا شهدَ لأحدِ المتداعيين شاهدان عَدْلان ، وللآخر ثلاثة أو أربعةُ أو خمسةٌ (عدول)[1] ، فلا ترجيحَ بزيادةِ العددِ عندنا على القول الجديد .

وقال في القديم : يُرجح به[2] .

ولو أقامَ أحدُهما شاهدين ، وأقامَ الآخرُ شاهداً وامرأتين ، فالمذهبُ طردُ القولين ، وقيلَ : يُقدم الشاهدان[3] .

ولو أقامَ أحدهُما شاهدين ، وشهدَ للآخرِ شاهد ويمينُه ، فيه قولان ، الأصحُ الجديدُ ترجيحُ [٥٧ / ب] الشاهدين[4] .

ثم حيثُ ترجحتْ إحداهما ، فلو انضمت اليدُ إلى البينةِ الضعيفةِ ، فيه وجهان ، أحدُهما : التساوي ، والثاني : ترجيحُ الضعيفةِ باليد .

[الترجيح بزيادة العدالة] :

٣٤٧ ـ وأما الترجيحُ بزيادة العدالةِ[5] ، فالمذهبُ المقطوعُ به أنه لا ترجيحَ

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : غير عدول ، ولكن وجد فوق لفظ غير علامة ح .

(٢) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٨٢ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٤٦٤ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٤٤ ، المهذب : ٢ / ٣١٢ ، وسائل الإثبات : ٢ / ٨١٢ ، الحاوي : ١٣ ق ٤٨ / أ ، الروضة : ١٢ / ٥٨ .

(٣) المراجع السابقة ، وفي نسخة ف : تلفيق وجمع بين هذه المسألة والمسألة التي تليها ، وهذا خطأ لاختلاف الحكم في كل منها .

(٤) المراجع السابقة ، والسبب في ترجيح الشاهدين هنا دون المسألة السابقة أن شهادة الشاهد والمرأتين متفق عليها بخلاف الشاهد واليمين .

(٥) العدالة : هي اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر ، وزيادتها تكون بزيادة الأوصاف من الورع =

به ، وللشافعي رضي الله عنه قولٌ قديمٌ أنـه (يُرجحُ)[1] بهـا ، حكاه الشيخ أبو علي ، ومن أصحابنا من قالَ : ليس هذا بقولٍ قديمٍ للشافعي ، وإنما حكاه عن مذهبِ مالك[2] .

٣٤٨ ـ **قلت** : ومما يدورُ في خلدي أنه لو كانت بينةُ أحدِهما (يعرفُها)[3] القاضي بالعدالةِ ، أو زُكيت عنده تزكيةً مطلقةً ، وزُكيتْ بينـةُ الآخر تزكيـةً مقيدةً ، فيما شهدت به ، وقبلنـا التزكيـة المقيـدةَ[4] ، هل يكونُ هـذا من قبيل زيادةِ العدالةِ ؟ أو يكونُ من قبيل الشاهدين في مقابلتها شـاهـدٌ ويمينٌ ؟ من حيث أنَّ الشاهدين إنما يُرجحان[5] على الأصحِ ، لأنَّهـا بينـةٌ مجمعٌ على قبولهـا ، بخلاف الشاهدِ واليمين ، وفي مسألـةِ التزكيـةِ المقيـدةِ كـذلـك ، بل أولى ؛ لأنهـا مختلفٌ فيها عندنا ، فهو أقربُ إلى الضعفِ من خلافِ أبي حنيفـة وأصحـابـه في الشاهدِ واليمين[6] ،فينبغي أن يكونَ فيها خلافٌ ، والأصحُ ترجيحُ البينة المزكاةُ مطلقاً ، ويتجه خلافه .

= والتقوى والصلاح وغير ذلك ، وانظر : مغيث الخلق : ١١ .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لا ترجيح ، وهو خطأ ظاهر .

(٢) يرى الإمام مالـك رحمه الله أن البينتين إذا تعارضتـا ، وكانت إحـداهـا أكثر عـدالـة من الأخرى فترجح بزيادة العدالة ، ويحلف مقيمها ، وذلك في الأموال وغيرها مما يثبت بشاهد ويمين ، بناء على أن زيادة العدالة كشاهد ، وهو رأي الإمامية والإباضيـة والحنـابلـة في قول ، (انظر : تبصرة الحكام : ١ / ٣٠٨ ، حـاشيـة الـدسوقي : ٤ / ٢٢٠ ، القوانين الفقهية : ٣٣١ ، الفروق : ٤ / ٦٢ ، بلغة السالك لأقرب المسالك : ٢ / ٢٤٦ ، حاشية العدوي على شرح رسالـة أبي زيد : ٢ / ٣٢١ ـ ٣٢٢ ، بداية المجتهد : ٢ / ٥١٠ ، وسائل الإثبات : ٢ / ٨٢٠ ، والمراجع السابقة) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يعرفها .

(٤) المشهور في المذهب عدم قبول التزكية المقيدة ، لأن العـدالـة لا تتبعض ، وقـال بعض الأصحـاب بقبولهـا ، وقد مرّ حكم ذلك في فقرة ١٠٠ من هذا الكتاب .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ترجحا .

(٦) يمنع الحنفيـة القضـاء بشـاهـد ويمين خلافاً للأئمة الثلاثـة وجماهير الفقهـاء ، (انظر : بـدائـع الصنـائـع : ٨ / ٢٩٢٣ ، تكلة فتح القدير : ٦ / ١٥٥ ، الـدر المختـار : ٥ / ٥٤٩ ، درر الحكام : ٢ / ٣٣٣ ، وسـائل الإثبـات : ٢ / ١٦٧) . ويذهب المالكية إلى الترجيح بالعدالة خلافاً للأئمة الثلاثة ، (انظر : الهامش السابق رقم ٢) .

الفصل السابع

في

دعوى بعض الورثة دينا لمورثهم وإثبات ما يخصُّ المدعي منهم

٣٤٩ ـ إذا مات رجلٌ عن دينٍ ، وخلّفَ ورثةً ، فإنْ ادّعى الكلُ به ، أو وكيلٌ عنهم ، وكانوا أهلاً للدعوى والتوكيل ، وأقاموا بينةً عادلةً كاملةً على الدَيْن ، استحقوه جميعاً[1] .

وهكذا إنْ أقاموا شاهداً واحداً ، وحَلَفوا جميعاً استحقوا ، وكيفيةُ اليمينِ أنْ يحلفَ كلٌ منهم بالله ، إنَّ مورثَه يستحقُ في ذمةِ هذا المدين ألفَ درهم ، وأنَّ الشاهد بها صادق فيما شهد به ، وقد ثبتَ من قبلُ مثلا موتُ ربِّ الدين ، وعدةُ ورثتِه ، أو يحلف بالله ، إنه مستحقٌ بطريق الميراث عن مورثه من جملةِ دينٍ ، جملتُه ألفُ درهم ، كذا وكذا درهما ، وأنَّ شاهده صادقٌ فيما شهد به .

قال الشيخُ أبو علي : يحلفُ كل وارثٍ على جميع الحقِ ، لأنه يُثبته لمورثهِ ، لا لنفسه .

٣٥٠ ـ هذا إذا حلفَ الكلُ ، أما إذا حلفَ البعضُ دون البعضِ استحقَ الحالفُ دون الناكل ، وفيه قولٌ أنَّ ما أخذه الحالفُ يشاركهُ فيه بقيةُ الورثةِ ، والأولُ أصحُ ، حكاه القاضي أبو الطيب والشيخُ أَبو علي ، والشيخُ أبو نصر ،

---

(١) الأم : ٦ / ٢٤٥ .

فلو ماتَ الناكل لم يكن لوارثهِ أن يحلفَ ، وإن ماتَ بعضُ الورثةِ قبلَ النكولِ حلفَ ورثةُ من [٥٨ / أ] لم يحلِف ، لكن هل تجب إعادةُ الشهادةِ ؟ فيه وجهان .

كذلك لو جاء هذا الوارث بشاهدٍ آخر ، هل تجب إعادة الشاهد الأول ؟ فيه وجهان مبنيان على أن دعوى وارثِ الوارثِ ، هل هي دعوى جديدة ؟ أو في حكم البناء ؟

أما إذا كان فيهم حاضرٌ وغائب ، فحلفَ الحاضر مع الشاهد ، أخذَ قدرَ حصته ، وهل يخرج من يدِ الغائب ؟ فيه قولان ، فإنْ قُلنا : لا يخرج ، فإذا قَدِمَ الغائب ، أو أفاقَ المجنون ، حلفَ من غيرِ حاجةٍ إلى إعادةِ الشاهد شهادتَه ، وإذا حلف الحاضر العاقل مع شهادةِ الشاهد ، وأخذَ قَدْرَ حصتهِ ، هل يشاركهُ فيها الغائب إذا حضر ؟ فيه قولان .

أما إذا أقام الحاضرُ شاهدين ، وبقيةُ الورثة إما غائبُ أو صبيٌ أو مجنونٌ ، انتزع (منه)[1] وليُ المحجورِ عليهم نصيبَه قولاً واحداً ، عيناً كان المدّعى به ، أو دينا .

وأما نصيبُ الغائبِ فيُنتزع أيضاً ، إنْ كان عيناً[2] ، وإنْ كان دَيْناً فوجهان ، قال الإمامُ : يَجْريان في كل من أقر لغائبٍ بدينٍ ، هل ينتزعُه القاضي منه ؟ فيه وجهان .

وإن أقرَّ بأنَّ بيده عيناً ، غصبَها لفلان الغائب ، انتزعها القاضي منه قولاً واحداً .

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) انظر : الأم ، للشافعي : ٦ / ٢٤٥ .

[الإقرار لأحد الورثة] :

٣٥١ ـ أما إذا ادّعى الوارثان عيناً في يدِ ذي يدٍ ، بأنها مِلكُ (أبيهما)[١] ورثاها عنه ، فأقرَ لواحدٍ منهما ، وأخذَ نصيبه ، نص الشافعي ، رضي الله عنه ، على أنَّ المكذَبَ يشارِك المصدَقَ فيما أخذه[٢] ، ونص في الوارث الغائبِ إذا حضر لا يشاركُ الحاضرَ الذي حلف مع شاهده ، وأخذَ حقَه من الدين المدعى به[٣] ، وقيل : في المسألتين قولان ، بالنقلِ والتخريجِ ، ومنهم من فرّق بما هو ظاهر ، وهو أنَّ الدَّيْنَ الذي للميت ليس بمتعين ، ولا يتعينُ إلا بتعيينِ المقبض ، فلا يشاركُ الغائبُ الحاضرَ فيما أخذه بتعيين المقبض ، بخلافِ العينِ ، فإن الآخذَ مصدِّقٌ بأنَّ عينها مشتركة بين الورثة كلهم .

[القبض من أحد الورثة] :

٣٥٢ ـ هذا كله فيما إذا ثبتَ الدين بشهادةِ شاهدٍ ويمينِ حاضرٍ ، مع غيبة أحدِ الورثةِ ، أما إذا مات رجلٌ عن دين ، ومن عليه معترف به ، وكل الورثة حاضرون أو بعضُهم حاضرٌ ، وبعضُهم غائبٌ ، فلو قبضَ بعضُ الحاضرين نصيبه ، وهو قدرُ حصته من المدين ، لا بإذن بقيةِ جميعِ الورثة ، إنْ حضروا ، ولا يإذن الحاكمِ ، فهل يُشاركُ منْ لم يقبض من الحاضرين ، أو من الغائبين ، أو وليّ المجنون والصبي منهم القابضَ فيما قبضه ؟ الذي يظهرُ لي أنَّهم يشاركونه قولاً واحداً .

٣٥٣ ـ وعندي : أنَّ الأصحابَ اتفقوا على هذا ، [٥٨ / ب] أو اختاروه[٤] ، مع ذكر خلافٍ فيه ، فعلى هذا إذا كانَ الورثةُ اثنين مثلا ،

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أبيها ، وهو تصحيف .

(٢) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٥ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٥ .

(٣) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٤ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٥ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٣٦ .

(٤) العبارة في نسخة ف : واختاروه .

والدَّيْنُ ألفاً ، فَقَبضَ أحدهُما خمسمائة باتفاق منه ومن المدين ، فحضرَ الغـائبُ ، أو علمَ الحاضرُ الآخر الذي لم يقبض ، فهو بالخيـار بين أن يـأخـذَ من القـابضِ نصفَ ما أخذه ، ويبقى البـاقي بينهما ، أو يستبـدَّ بـأخـذِ البـاقي من المـدين ، ويملكُ القابض ما أخذه .

نعم ، ههنا نظرٌ : وهو أنَّ الحاضرَ إذا أحضر المـدينَ إلى الحـاكم ، وطـالبـه بحصته ، فأقرَّ ، أو أقـامَ عليـه شـاهـدين ، وأمرَه القـاضي بـدفع حصتـهِ إليـه ، فـدفعهـا إليـه ، وبقيـةُ الورثـة حـاضرون لم يفعلـوا شيئـاً من ذلـك ، أو كانـوا غائبين ، فإذا جرى الأمرُ كذلـك ، ثمَ أراد من كان حـاضراً ولم يطلبْ ، أو مَنْ حَضَرَ بعد غيبته ، أنْ يُشاركَه فيما (أخـذه)[1] ، هل لـه ذلـك ؟ والفرضُ أنّـه قبض ذلك بإذنِ الحاكمِ حصتَه ، هذا عنـدنـا فيـه نظرٌ ظـاهرٌ لا يَخفى تجـاذبُ أطرافِه .



(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أخذ .

الفصل الثامن

في

الدعوى بحق الشفعة[1]

٣٥٤ ـ الشفعةُ على مذهبنا لا تثبتُ إلا في عقارٍ محتملٍ للقسمةِ ، يُجبرُ المطلوبُ إلى القسمةِ عليها ، وعلةُ[2] ثبوتِ الشفعةِ دفعُ ضرار مؤنةِ القسمةِ ، هذا مذهبُ الشافعي رضي الله عنه ، والعملُ عليه ، فلا تثبتُ الشفعةُ عنده في الحمام الصغيرِ والرحى الصغيرةِ والبئرِ والقنى والأسرابِ .

٣٥٥ ـ وقال ابنُ سُرَيْجٍ : تثبتُ الشفعةُ في الحمام[3] والرحى والبئر والقنى والسَرَب[4] وغيرها ، وإن اتصفت بالصغرِ ، وتعذرت قسمتُها ، قالَ : لأنَّ الشفعةَ تثبتُ لضررِ المُداخلة على التأبيدِ ، فلا فرقَ فيه بينَ المنقسم وغير المنقسم .

٣٥٦ ـ ثم اختلفَ الأصحابُ في المنقسم الذي تثبت فيه الشفعةُ قبل انقسامه ، فالصحيحُ أنّه الذي يَبْقى جنسُ منفعته التي قبلَ القسمةِ بعد القسمة ، ولو على تضايق .

---

(١) سبق الكلام عن الشفعة إشارة صفحة ٢٠١ فقرة ١٦٨ ، وسوف يذكر المصنف مسائل الشفعة في خاتمة الكتاب فقرة ٨٧٩ وما بعدها ، وانظر : فقرة ٧٠٩ وما بعدها .

(٢) اللفظ في نسخة ف : علي .

(٣) في نسخة ف زيادة : الصغيرة .

(٤) السَرَب : جمع أسراب ، القناة يدخل منها الماء ، والسَرْب : الطريق .

مثاله : الدارُ إذا قُسمت تبقى بعد قسمَتِها داراً يُنْتَفَعُ بها بالسكنى ، وهو جنسُ المنفعةِ التي كانت ، وإن كانتْ على نوعِ تضايقٍ ، وكذلك الحانوتُ والحمام الكبير والرحى الكبير .

ومن أصحابنا من قال : المنقسمُ في باب الشفعةِ هو الذي يُنتفعُ بالحصة المقسومة منه ، أيّ منفعة كانت[1] ، ولو السكون فيه ، ولا يشترط بقاءَ جنس المنفعة التي كانت ، وهذا بعيد .

وقيل : مِنْ شرطِه أنْ تبقى تلك المنفعةُ وجنسُها التي كانت ، لا على تضايق ، وهذا لا يتأتى إلا في دارٍ فيحاءَ كبيرةٍ ، أو أرضٍ ممتدة ، وهو أبعدُ من الأول .

وقيل : المنقَسمُ شرطُه أن لا تؤدي قسمتُه إلى حطيطة كثيرة[2] في قيمته ، [٥٩ / أ] مثالهُ : دارٌ قيمةُ كلها مائةٌ ، فلو قُسِمَت نصفين ، سَوِيَ[3] كلُ نصفٍ ثلاثينَ ، فهذا لا يقسمُ ، ولا تثبتُ فيه شفعةٌ ، فلو كانت تُساوي جميعُها مائةً ، ويساوي نصفُها ، لو قسمت ، خمسينَ ، فينقسمُ ، وتثبت فيه الشفعة ، وكذا لو سَوِيَ النصفُ مثلاً ثمانية وأربعين ، بنقصٍ يسير ، يتغابنُ (بمثله)[4] ، وهو درهمان أو ثلاثة ، ومردُّ هذا للعرف ، وهذا أيضاً فيه بُعد .

[سبب الشفعة] :

٣٥٧ ـ ولا فرقَ في أخذِ الشِقْص بالشُفعة بين أن يكونَ الشِقْصُ المشفوعُ

---

(١) العبارة في نسخة ف : هو الذي ينتفع بالحصة المقسومة منه على أي صفة كانت .

(٢) في نسخة ف : كبيرة .

(٣) أي ساواه بمعنى ماثله وعادله قدراً أو قيمة ، وهذا يساوي درهما أي تعادل قيمته درهماً ، وفي لغة قليلة سَوِي درهما يَسْوَاه من باب تعب ، ومنعها بعض العلماء ، فقالوا : يساويه ، ولا يقال يسواه ، (انظر : المصباح المنير : ١ / ٤٠٤) .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : مثله .

صارَ إلى المأخوذِ منه بشراءٍ ، أو أجرةً عن مَنْفعةِ مُسْتَأجَر ، أو صداقاً لزوجة في نكاحٍ ، أو جعلتْه المرأة عوضاً في خلعٍ ، أو جعله مالكُه عوضاً في صلح عن دَم عمد ، أو جعله الزوجُ متعةً في طلاقٍ ، فتثبتُ (الشفعةُ)[1] في جميعِ هذه الأعواض[2] ، ولا يؤخذُ إذا حصلَ عن هبةٍ لا تقتضي ثواباً ، أو عن وصية أو إرثٍ ، وهذا ظاهر .

ثم اعلم أنَّ الكلامَ إنما يقعُ في شراء الشقصِ فإنَّه الغالبُ ، فإنْ وقعَ العقدُ بين المتبايعين بثمنٍ معلومٍ ، ثبتتِ الشفعةُ على الفورِ ، وفيه أقوالٌ أخرى[3] لا تفريع عليها .

[السعي إلى المشتري وطلب الشفعة] :

٣٥٨ ـ وعلى الشفيعِ أنَّ يَسعى ، لمّا[4] بلغه الخبرُ ، إلى المشتري باذلاً الثمنَ الذي وقع العقدُ عليه ، ويُشهدُ على الطلبِ شاهدين ، إذا سَمِعَ وهمَّ بالسعي إلى المشتري ، فلو لم يُشهد مع القدرةِ ، وسعى إلى المشتري بنفسه أو وكيلهِ ، فالمذهبُ أنه ليس بمقصّرٍ ، وفيه وجه ، ولو تركَ السعيَ إلى المشتري ، ومضى إلى القاضي ، مع كونهِ أشهدَ على الطلبِ ، ومع قدرتهِ على السعي إلى المشتري ، فيه خلاف .

وميلُ المراوزةِ إلى أنه مقصرٌ ، كنظره في العَيْب ، وميلُ غيرهم إلى أنه لم يُقصر ، وهو الأظهرُ .

---

(١) اللفظ من هامش الأصل .

(٢) قال النووي رحمه الله تعالى : « وإنما تثبت الشفعة بمعاوضة ملكاً لازماً متأخراً عن ملك الشفيع كمبيع ومهر وعوض وصلح دم ونجوم وأجرة ورأس مال سلم » ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٩٨) ، وسيرد زيادة تفصيل لذلك في الفقرة ٨٧٩ وما بعدها ، والفقرة : ٦٠٩ ، والفقرة : ٧٠٩ .

(٣) في نسخة ف : أخر .

(٤) أي على الشريك أن يسعى لطلب الشفعة عند بلوغه الخبر .

[التأخر بعذر] :

٣٥٩ - ولو لم يسعَ بنفسه لا إلى مشتر ، ولا إلى حاكمٍ ، وهو معذورٌ بمرض أو حبس أو غيره ، لكنه قَدِرَ على التوكل فلم يُوّكل ، فيه ثلاثةُ أوجه ، الأصحُ أنَّه مقصرٌ .

فإنْ عجزَ عن التوكيل وعن السعي بنفسه ، وجبَ عليه أنْ يُشهدَ على الطلبِ ، فإنْ لم يفعل مع القدرةِ فقولان ، الأصحُ أنَّه مقصرٌ .

ولو كان في الحمامِ أو في صلاةٍ ، أو (في)[1] انتظارِ صلاة ، أو (على)[2] أكلٍ معتادٍ لم يَلزمه البدارُ بنفسه ، وقطعُ هذه الأشياء على الأصحِ ، فلو كانَ مُلابساً لها ، وقدرَ على الإشهادِ ، هل يلزمهُ الإشهادُ ؟ فيه وجهان .

ولو أَخَّرَ السعيَ في موضعٍ يجبُ عليه البدارُ ، وقال إنما أخرتُ ، لأني جهلتُ بطلانَ الحق بالتأخير ، فإنْ كانَ ممن يجوزُ أن يَشْتَبهَ عليه مثلُ ذلك عُذِرَ ، ولم يُجعلُ مقصراً ، وإنْ كانَ ممن لا يجوزُ أنْ يخفى عليه مثلُ ذلك لم يُقبل منه ، ويسقط حقهُ .

[رفع دعوى الشفعة] :

٣٦٠ - ثم إذا ترافعَ المشتري والشفيعُ إلى عند الحاكمِ ، وحرّر [٥٩ / ب] دعواهُ طالباً أخذَ الشقصِ المشترى من يدِ المشتري ، وأتى بها على الوضع الشرعي ، فإن اعترفَ المشتري بدعواه كلِّها المتضمنةِ شراءَ المشتري الشقصَ المعينَ من العقارِ الذي يُمكن قسمتهُ ، وتثبتُ الشفعةُ في مثلِه ، بالثمنِ المعلوم ،

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

وعينـه ، وأنـه شريـكٌ فيـه ، وقـد أحضرَ الثمنَ فـلا كـلامَ ، يُسلّمُ الشفيـعُ إلى المشتري الثمنَ ، ويتسلمُ منه الشقصَ ، إن سُمِحَ بالتقديمِ ، وإلا سلَّمه بإذنِ الحـاكمِ إلى عَدْل ، وتسلمَ[1] الشِقصَ ، وسلّمَ[2] العَدْلُ الثمنَ إلى المشتري .

[إنكار الدعوى] :

٣٦١ ـ وإن أنكرَ المشتري دعواه ، نُظر : إن أنكرَ الشراءَ ، فـالقـولُ قـولـهُ مع يمينه ، وعلى الشفيعِ البينةُ .

وإن اعترفَ بالشراء ، وأنكرَ أن يكونَ[3] للشفيع في العقـارِ الـذي الشقصُ المشفوعُ من جملتِـه وجزءٍ منـه ، فـالقولُ قولـهُ مع يمينـه ، يحلفُ بـالله تعـالى ، (إنه)[4] لا يعلمُ له فيه مِلْكاً ، ولا يحلفُ على البتِ قولاً واحداً .

فإن أقامَ الشفيعُ البينةَ بملكِ جزءٍ معينٍ في العقار عُمِلَ بموجَبها .

[الثمن المجهول] :

٣٦٢ ـ وإن اعترفَ لـه بـالشراء والملـكِ ، (ولكنّـه)[5] قـالَ : الثمنُ الـذي وَقعَ عليـهِ (العقـدُ كانَ مجهولاً ، لكـونـهِ كفـاً)[6] من الـدراهمِ مجهـولـةً ، أو (صُبرةً)[7] من الحنطةِ مجهولة ، أو عقدَ لُؤلؤٍ من الجوهرِ (مجهولاً)[8]، نظر :

إن اعترفَ الشفيعُ بـذلـك سقَطتِ الشفعـةُ على القولِ الصحيحِ المنصوصِ ،

---

(١) في نسخة ف : يسلم .

(٢) اللفظ في نسخة ف : ويسلم .

(٣) يكون ، هنا تامة ، وليست ناقصة ، ومعناها أنه أنكر أن يتملك الشفيع العقار ...

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لكنه .

(٦) العبارة زيادة من نسخة ف ، وساقطة من الأصل إلا لفظ « كفٌ » بالرفع .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : صرة .

(٨) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : مجهول ، بالجر .

وكذا إنْ أنكرَ الشفيعُ ذلك ، وشهدتْ بَيِّنةٌ بحضورِ العقد ، وأنه وقع العقدُ على ثمنٍ مجهولٍ حسبما ادّعاه المشتري ، سقطتِ الشفعةُ على الصحيحِ ، وهذا من باب الحيلِ المسلوكةِ في إسقاطِ الشفعة .

٣٦٢ / ٢ ـ وقال ابنُ سريج : لا تسقطُ الشفعةُ بذلك ، بل يُقال للشفيعِ : خمِّن في نفسِك قَدْراً معلوماً ، وادّع الشفعةَ ، فإذا بيَّنه (بأن)[١] قالَ المشتري : كان أكثرَ ، فالقولُ قولُهُ مع يمينه ، يحلفُ بالله تعالى ، إنه اشتراه بأكثرَ مما سماه الشفيعُ ، ثم يقالُ للشفيع ، زِدْ في مقدارِ الثمن ، وأعِد الدعوى ، (وتُعرض)[٢] اليمينُ على المشتري ، فإن حلفَ زادَ الشفيعُ قَدْراً آخر[٣]، ولا يزالُ كذلك ، الشفيعُ يزيدُ قدراً يدعيه ، والمشتري يحلفُ بالله ، إنه اشتراه بأكثر منه ، إلى أنْ يعترفَ بما ادّعاه ، أو ينكلَ ، فتردُ اليمين على الشفيع ، فيحلفُ إنه اشتراه بالقدْرِ الذي عينه آخراً ، (ويأخذ)[٤] الشقصَ به ، (وهذا)[٥] المذهبُ ، صارَ إليه ـ بعد ابن سريج ـ القاضي حسين[٦].

٣٦٣ ـ وهو غلطٌ غير معمولٍ به ، لأن الشفيعَ إذا اعترف بما ادعاه المشتري من جهالةِ الثمن ، وأن العقدَ وقع على مجهولٍ ، لا يُعلم قَدْرُه ، فكيف يَسوغُ أن يجوزَ له الكذبُ بتعيين قدرٍ معين ، وقع العقدُ عليه ، مع إقراره بوقوعِ العقد على مجهولٍ ؟ أم كيف يستجيزُ [٦٠ / أ] الشفيعُ[٧] أن يحلفَ يميناً باتةً[٨]، إن

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إن .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وتعوض .

(٣) في نسخة ف : أكثر .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أو يأخذ .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وهو .

(٦) وأيده الخطيب الشربيني في (مغني المحتاج : ٢ / ٣٠٢ ـ ٣٠٣) ، وسوف يكرر المصنف ذلك فقرة ٦١٠ ، ٧١٠ .

(٧) العبارة في نسخة ف : كيف نبيح للشفيع .

(٨) في نسخة ف : تامة .

العقدَ جرى على مائـة مثلاً ، عيَّنهـا ، مع إقرارِه بوقوعِ العقـد على كفٍ مجهولٍ من الدراهم المجهولة .

هذا مما يَبْعُدُ جريانُ التكليف بـه ، بل يستحيلُ شرعـاً وقوعُـه وقبولُـه ، فالوجـهُ القطعُ بسقوطِ الشفعـةِ مهما اعترف الشفيعُ بكون الثمن مجهولاً ، وتعـذرَ الاطلاعُ عليه بتلفه مثلاً .

نعم ، لو قـال المشتري : الثمنُ مجهولٌ ، فقـالَ الشفيعُ : كـذبتَ[1] ، بل كانَ معلوماً ، وعيّنَ قدرَه ، فـالقولُ قولُ المشتري مع يمينـه ، يحلفُ بـالله ، إن الثمنَ الذي اشترى به الشِقْصَ المشارَ إليه مجهولٌ لا يَعلمُ قدرَه .

[نسيان الثمن] :

٣٦٣ / ٢ ـ فـإن قـال المشتري : كان الثمنُ معلـومـاً ، لكني[2] نسيتُـه ، فالمذهبُ أنّه يُقنعُ منه بهذا الجوابِ ، ويحلفُ عليه بالله ، لا يعلمُ قدرَه .

وقال ابنُ سُرَيْج : لا يُقنعُ منه بهذا ، بل يُعرضُ اليمينُ الباتةُ[3] عليه ، أنَّ الثمنَّ لم يكن المائة التي عيَّنهـا الشفيعُ مثلاً ، فـإنْ أصرَّ على قولـه : لا أدري بل نسيتُ ، جُعل ناكلاً ، وحلفَ الشفيعُ ، إنَّ الثمن كان مائةً مثلاً ، وأخذَ الشقصَ بها .

(فلو ادعى الشفيعُ بالشفعةِ ، وطلبَ أخذَ الشِقصِ بها)[4] ، فقال المشتري : كانَ مجهولاً لا أعلمُ قدْرَه ، فقـالَ الشفيعُ : أنت تعلمُ قـدْرَه ، فبينـه ، ولم يـذكر الشفيعُ قَدْراً ، هل تسمعُ دعواه ؟

(١) العبارة في نسخة ف : فكذبه الشفيع وقال .

(٢) في نسخة ف : لكن .

(٣) في نسخة ف : الثانية .

(٤) ما بين القوسين من هامش الأصل .

قال المتولي[1]: المشهورُ سماعُ دعواه ، فإذا أجابَ المشتري بأني لا أعلمُ ، كان جواباً صحيحاً ، ويحلفُ عليه ، قال[2]: وفيه وجهٌ أنَّ دعواه كذلك لا تسمعُ حتى يبين قدراً بعينه[3]، ودليلُه أنه لو أقرَّ المشتري بالعلمِ لم يتوصل الشفيعُ إلى حقِه إلا بدرجة أخرى لا يقدرُ عليها غيرُه ، وهو الإخبارُ عن المبلغِ ، فلم يُسمع .

وقال البغويُّ : هل تُسمع دعوى الشفيعِ على المشتري ، بأنه يعلمُ قدرَ الثمن إذا ادّعى الجهل به ؟ فيه وجهان ، الأصحُ لا تسمعُ حتى يبين قدراً أن المشتري اشتراه به .

٣٦٤ ـ وههنا مسألةٌ حسنةٌ يخلُو معظمُ تصانيف الأصحاب عنها ، وهو أن الشفيعَ إذا ادّعى بالشفعة ، وعيّنَ قدْراً وقعَ شراءُ المشتري به ، فقالَ المشتري : لا أعلمُ قدرَ الثمن ، فشهد شاهدان أنَّهما حضرا العقد بينهما ، وكان الثمن ألف درهم معينةٍ ، وكفاً من الدراهم لا يَعلمان قدرها ، لكنها دون العشرة يقيناً ، فقال الشفيعُ : أنا أؤدي ألفاً وعشرة .

قال الشيخُ الغزالي في « فتاويه » : إذا وزنَ الشفيعُ ألفاً وعشرةً ، وجبَ

---

(١) هو عبد الرحمن بن مأمون بن علي بن إبراهيم ، أبو سعد المتولي النيسابوري ، أحد أئمة المذهب الشافعي ، برع في المذهب ، وبعُدَ صيته ، له كتاب التتة على إبانة شيخه الفوراني ، وصل فيها إلى الحدود ومات ، وله مختصر في الفرائض ، وكتاب في الخلاف ، ومصنف في أصول الدين ، ودرّس بالنظامية بعد أبي إسحاق ، ثم عزل بابن الصباغ ، ثم أعيد ، واستمر إلى حين وفاته ، ولد سنة ٤٢٦ هـ ، وتوفي سنة ٤٧٨ هـ ببغداد ، أتم كتابه جماعة ، وكان جامعاً بين العلم والدين وحسن السيرة وتحقيق المناظرة ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٥ / ١٠٦ ، وفيات الأعيان : ٢ / ٣١٤ ، البداية والنهاية : ١٢ / ١٢٨) .

(٢) في نسخة ف : وقال .

(٣) وهذا الوجه رجحه المحققون في المذهب ، قال النووي رحمه الله تعالى : « وإن ادعى (الشفيع) علمه (علم المشتري بالثمن) ، ولم يعين ، لم تسمع دعواه في الأصح » ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٣٠٣) ، وهذا ما نقله المصنف عن البغوي بعد سطرين .

تسليمُ الشقصِ إليه ، ولا يحلُ للمشتري قبضُ تمامِ العشرة ، وعليه أنْ يقتصرَ على القدر الذي سلمَه إلى البائعِ ، هذا جوابُه .

٣٦٥ ـ وعندي أنَّـه (وقـع)[1] في مـذهب ابن سُرَيْـج ، فـإنَّ المشتريَ يقـولُ : الثمنُ مجهـولٌ ، لا أعرفـه ، فكيف يُلـزمُ بقبضِ قـدرٍ معين ، أمكن أن يكون [٦٠ / ب] أكثرُ من الثمنِ ، فعليه منّةٌ في قبضه ، وهو يقولُ : لا أدري كميته ، ويمكن صدقُه ، ولا يقدر على قبض كلّـه ، لاحتمال أنـه أكثر من الثمنِ ، ولا يمكنه تنقيص قـدرٍ معلومٍ ، لأنَّ تنقيص المعلومِ من المجهولِ لا يُصيّرُ المجهول معلوماً .

ثم في قبـولِ هـذه الشهـادةِ نظرٌ ظـاهرٌ ، لأنهـا شهـادةٌ (بمجهـول)[2] من وجهٍ ، وفي قبولِ مثلِها خلافٌ ، كما إذا قـالَ الغـاصبُ : قيمـةُ المغصوبِ مـائـةٌ ، فشهد شاهـدان أن قيمتَـه أكثرُ من مـائـة ، ولم يـذكرا لقـدر الزائـدِ ، هل تُقبلُ شهادتها ؟ فيه وجهان ذكرناهمـا فيما تقـدّم[3] ، فكـذلـك في مسـألتنـا يخرجُ على هـذين الـوجهين ، ولـو سـاغَ[4] فتـحُ هـذا البـاب ، وقبـولُ الشهـادة فيـه على ما ذكرَه ، لم يبقَ للشراء بصُبْرَة مجهولة من الدراهم فائدةٌ في دفع الشفعة .

إذ ما من كفٍ من الدراهم ، أو صُبرةٍ لطيفةٍ إلا ويمكنُ الشهادةُ بأنها كانت تـزيـدُ على مـائـةِ درهمٍ ، وتنقصُ مثـلاً عن عشرة آلاف ، فلـو شهـدَ بـذلـك شـاهـدان ، أو زادا[5] إلى قـدْرٍ يُعلم قطعـاً أن الصبرة لم تبلغ إليـه ، وعينـوا في طرف القلةِ قدْراً ، عُلِمَ قَطْعاً أنها كانت أكثرَ منـه ، فلوْ سُمِعَتْ هـذه الشهـادةُ ،

---

(١) اللفظ من نسخة ف : وفي الأصل : وقوع .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لمجهول .

(٣) فقرة ١٦٩ وما بعدها .

(٤) في الأصل : شاع .

(٥) اللفظ في نسخة ف : وزادا .

فقالَ الشفيعُ : أنا أبذلُ هذا القدرَ الذي ذكره الشاهدان ، أنَّ الصبرةَ تنقصُ عنه قطعاً ، أيقال : إنَّه يأخذُ الشقصَ بالشفعةِ ، ويُلْزَمُ المشتري بأخذِ جميعِ الدراهمِ ؟

كلا ، لسنا نسلم ذلك ، ولا نجوِّزه ، ثم ما الذي يقال للمشتري بعد ذلك ، خذْ من الدراهم كذا وكذا ، وهو يقولُ : لا أعلمُ شيئاً ، ولا أخمِّن قدراً ، ولا أدري قدرَ ما أديته ، فهذا فيه احتمالٌ ظاهرٌ .

وهذا من لطيفِ الفقهِ ودقيقِ البحث والنظر فليُفهم ، والله تعالى المسؤول التوفيق والعصمة بمنّه ولطفه ، وفي كتاب الشفعة مسائلُ حسنةٌ تتعلقُ بشهادةِ البائعِ للمشتري وللشفيع ، وشهادة بعض الشركاء لبعضٍ ، واختلاف يقعُ بين الشفيع والمشتري في العفو وغيره ، لا يتسعُ هذا الكتابُ المختصرُ ، الموضوعُ لغيرها ، لذكرها ، فليُطلبْ ذلك من موضعهِ إن شاء الله تعالى .



البابُ الرابع

في

الشهادات

وفيه فصول

الفصلُ الأول

في

مستند علم الشاهد وتحمله

ونقدّم عليه مقدمةً ، وهو :

[حكم تحمل الشهادة وأدائها] :

٣٦٦ ـ أنَّ تحملَ الشهادةِ وأداءَها من فروضِ الكفاياتِ[١] ، فإذا قامَ بها من اكتُفي به فيها شرعاً سَقط الفرضُ عن الباقين ، وإن تركَ الكلُّ ذلك أثموا .

ولو تحملَ شهادةً عشرةٌ [٦١ / أ] مثلاً ، ثم ابتدأ المشهودُ له فعين منهم اثنين لإقامة ما تحملاه ، فهل لهما أنْ يَمتنعا ؟ فيه وجهان[٢] .

---

(١) وهذا متفق عليه بين الفقهاء ، انظر بيان ذلك مع الأدلة والمراجع في (وسائل الإثبات : ١ / ١٠٥ ، الروضة : ١١ / ٢٧١ وما بعدها ، ٢٧٥) .

(٢) الأصح أنه لو طلب من اثنين الأداء لزمهما ذلك ، لئلا يؤدي الامتناع إلى التواكل ، وقيل : لا يلزمهما ذلك قياساً على ما إذا دُعيا للتحمل فلا تلزمهما الإجابة ، (انظر : شرح المحلي : ٤ / ٣٣٠ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٠ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٠ ، وسائل الإثبات : ١ / ١٠٩ ، الروضة : ١١ / ٢٧٢) .

ولو تحملَ الشهادةَ شاهدان فأقامَ أحدهُما الشهادةَ ، وقال الآخرُ للمشهودِ له : احلفْ مع (هذا)[1] الشاهدِ ، فلستُ أقيم الشهادةَ ، ليس له ذلك .

قال الإمامُ : لا خلافَ في هذا ، ولا تعويلَ على احتمالٍ بعيدٍ مع نقلنا الوفاقَ على تثبتٍ[2] .

[تعين التحمل والأداء] :

٣٦٧ ـ وقد تتعينُ الشهادةُ تحملاً وأداءً ، إذا لم يوجد في المكانِ سوى رجل واحد ، فيلزمهُ التحملُ ، والحالةُ هذه ، ثم الأداءُ (كذلك)[3] ، وقد يكونُ هذا في مَفازَةٍ لم يحضرْها غيرُ الشاهدِ والمشهودِ عليه والمشهودِ له[4] .

[غياب الشاهد مسافة العدوى] :

٣٦٨ ـ ثم مهما كانَ الشاهدُ غائباً نُظر : إن كان على مسافة (تُؤويه)[5] إلى منزله قبلَ الليلِ لزمَه الحضورُ[6] ، لكنْ قالَ الأصحاب : له طلبُ مركوبٍ .

قال الإمام : ثم زادوا فقالوا : له طلبُ أُجرةِ مركوبٍ ، وله أن لا يركب .

قال القاضي حسين : لا يحلُ له أخذ الأجرةِ على الشهادة ، لأنّه التزمها لما تحمّلها ، فلزمه إيفاؤها[7] ، وإنّما الأجرةُ على ما يناله من نَصَبِ المشيِ .

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) وهذا ما أيده النووي رحمه الله تعالى (انظر : الروضة : ١١ / ٢٧٢) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لذلك .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ٢٧٢ .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : تؤديه .

(٦) انظر : الروضة : ١١ / ٢٧٢ .

(٧) في نسخة ف ، فيلزمه إنفاذها .

قال الإمامُ : وهو مشكلٌ عندي ، لأنَّ المشيَ إن لم يكن مستحقاً فليس عليه أن يمشيَ ، وإن كان مستحِقاً فأخْذ[1] الأجرةِ على المستحقِ بعيدٌ ، نعم ، له أن يقولَ : اكفني المشقةَ بإحضارِ مركوبٍ ، وفيه أيضاً احتمالٌ ، لأنه هو الذي وَرّطَ نفسه في ذلك ، ولكني رأيتُ الطرقَ مشيرةً إلى أنَّ له استدعاء مركوبٍ[2] .

[غياب الشاهد مسافة القصر] :

٣٦٩ ـ أمَّا إنْ كانَ الشاهدُ الغائبُ على مسافةِ القصرِ ، لم يلزمْه الحضورُ ، والشهادةُ على الشهادةِ أثبتُ في ذلك[3] .

وإنْ كانَ على مسافةٍ ، فوقَ مسافةِ العدوى ، ودونَ مسافةِ القصر ، فيه وجهَان[4] .

[تعين التحمل بالطلب] :

٣٧٠ ـ ولو عيّنَ رجُلٌ رجلين ليتحملا له شهادةً ، فامتنعا ، وهناك من يقومُ مقامهما ، لم يُجرَحا قولاً واحداً ، بخلافِ المتنعين من الأداء بعد

---

(١) في نسخة ف : فأخذه .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ٢٧٥ .

(٣) العبارة في نسخة ف : أثبتت في مثل ذلك ، وانظر الروضة : ١١ / ٢٧٢ .

(٤) الراجح عدم لزوم الحضور ، لأنه يشترط لوجوب الأداء أن يدعى من مسافة العدوى ، والوجه الثاني الضعيف يلزمه الحضور ، لأنه يشترط لوجوب الأداء أن يدعى من دون مسافة القصر ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٥١ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٣٠ ، الروضة : ١١ / ٢٧٢) قال الرملي ، بعد تقرير حق الشاهد في طلب أجرة التحمل ، وإن تعين ، دون الأداء وإن لم يتعين عليه ، لأنه فرض عليه ، وبعد بيان الفرق بينهما ، قال : نعم إن دعي من مسافة عدوى فأكثر فله نفقة الطريق وأجرة المركوب ، وإن لم يركب ، وكسب عطل عنه ، فيأخذ قدره ، (نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢١) ، وقال الشيرازي : ولا يجوز لمن تعين عليه فرض الشهادة أن يأخذ عليها أجرة ، لأنه فرض تعين عليه ، فلم يجز أن يأخذ عليه أجرة كسائر الفروض ، ومن لم يتعين عليه ، ففيه وجهان ، أحدهما أنه يجوز له أخذ الأجرة ، لأنه لا يتعين عليه ... والثاني : أنه لا يجوز ، لأنه تلحقه التهمة بأخذ العوض ، (المهذب : ٢ / ٣٢٥) ، وسوف يشير المصنف إلى أجرة المركوب وكسب المعطل في فقرة ٣٧٤ ، ٣٧٦ .

التحملِ ، إذا[1] كان الكلُ عشرةً ، فإنا قد ذكرنا في إثمها[2] وجهين ، والفرق واضحٌ[3] .

[طلب الأجرة في الشهادة] :

٣٧١ ـ ولو احتاج الشاهدُ في تحمله إلى مشيٍ ، قال الأصحابُ : له طلبُ الأجرةِ ، كما في الكاتبِ ، فإنَّ الشاهدَ لا يجبُ عليهِ المشيُ للتحملِ إلا أن يكونَ المشهودُ عليه مريضاً ، فيجبُ ، والحالةُ هذه ، المشيُ إليه للتحمل عليه ، ولكن إذا لم تمس الحاجَةُ إلى قطعِ مسافةٍ ، فإنْ مست فالقولُ فيها كالقولِ في أداء الشهادة .

وهذا فيه ، إذا لم يجدِ المريضُ من يتحمل ، ومكانُه قريبٌ من مكانِ (التحملِ)[4] ، هذا ما ذكره الإمام .

وقال الشيخ أبو علي وغيرُه : إذا عَجَزَ المشهودُ عليه عن إتيان الشاهدين ، وليس هناك غيرُهما ، هل يلزمُها الحضور عندَه للتحمل[5] ؟ [٦١ / ب] فيه وجهان ، وحكم الكاتبِ كذلك ، فإن قلنا : لا يلزمها ، وكان بينهم مسافةٌ لا تُقْطَعُ إلا بمؤنةٍ ، فلهما طلبُ الأجرةِ ، وإن قُلنا : يلزمُها ، هل لهما طلبُ الأجرة ؟ فيه وجهان ، هذا في التحمل[6] .

---

(١) في نسخة ف : فإذا كان لكل .

(٢) في نسخة ف : امتناعها ، وانظر : الروضة : ١١ / ٢٧٤ .

(٣) بينا سابقاً أن الأصح في الأداء لزومه عند الطلب ، بخلاف الطلب للتحمل ، والفرق بينهما أن التحمل فيه حمل أمانة ومسؤولية وكلفة ومشقة وواجب ، ولا يستطيع كل إنسان أن يتحمل نقل الأمانة وعبء الأداء بعد التحمل ، فإذا قبل تحمل الشهادة فقد تعلق بها حق الآخرين ، وأصبحت أمانة في ذمته يجب عليه أداؤها وإلا ضاع الحق ، وكان الشاهد مغرراً بصاحب الحق عندما قبل التحمل ، وامتنع عن الأداء ، بل يكون سبباً في ضياع الحق .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : المحتمل .

(٥) في نسخة ف : عند للتحمل .

(٦) انظر : الروضة : ١١ / ٢٧٥ .

[تعين الأداء] :

٣٧٢ ـ أما الأداءُ ، فإذا كانا من أهل الشهادة ، وتعين عليهما ، لزمَهما ، وإن لم يكن قد شهدَ إلا واحدٌ ، والحقُ مما يثبتُ بالشاهدِ واليمين لزمَه أيضاً[١] .

هذا إن كانَ القاضي عَدْلاً ، وإن كان (جائراً)[٢] مُتَعنِّتاً ، هل يلزمه الحضورُ ؟ فيه وجهان .

[عدم تعين الأداء] :

٣٧٣ ـ أما إذا لم يتعين الأداء ، بأن كانَ قد شهد بالحق جماعةٌ ، فدُعي واحدٌ منهم ، هل تلزمُه الإجابة ؟ فيه وجهان[٣] .

هذا كلُه في المشهودِ عليه إذا كان حاضراً في البلد .

[غياب المشهود عليه] :

٣٧٤ ـ أما الغائبُ على مسافةِ القصرِ لا يجبُ على الشاهدِ المشيُ إليه ، وإن كانَ على أقلَ من مسافة العدوى ، فعليه الإجابةُ ، وله طلبُ نفقةِ الطريق وأجرةِ المركوب ، فإن دَفع إليه دراهمَ ، وقال : إكتر بها دابةً تركبُها ، فأرادَ أن يمشِيَ ويصرفَ الدراهمَ في مَهّمٍ آخرَ ، هل له ذلك ؟ فيه وجهان[٤] ، كما لو دَفع إلى فقيرٍ ديناراً ، وقال اشترِ به قميصاً ، هل له شراءُ قميصٍ به ؟ فيه وجهان ، أحدهما : لا يصحُ ؛ لأنه لا يجوزُ أن يشتريَ لنفسه بعينِ مالِ غيرهِ شيئاً ،

---

(١) انظر : الروضة : ١١ / ٢٧٢ .

(٢) اللفظ من هامش الأصل .

(٣) انظر : الروضة : ١١ / ٢٧٢ .

(٤) سبق أن نقلنا كلام الرملي في ذلك ، وأن الشاهد إن دعي من مسافة عدوى فأكثر فله نفقة الطريق وأجرة المركوب وإن لم يركب ، هامش ٤ فقرة ٢٦٩ .

والثاني : يصحُ ، لأنه فَعَلَ بإذنه ، ويدخلُ الدينارُ في ملكِ المشتري ، ثم هل يكونُ قرضاً أو هبةً ؟ فيه وجهان .

فإن قلنا : له أنْ يشتَري به قميصاً ، فلو أراد أن يشتَريَ به سراويلَ ، أو عمامةً مثلاً ، هل له ذلك ؟ فيه وجهان[1] .

أمّا إن كانت المسافةُ فوق مسافةِ العَدْوى ، ودونَ مسافةِ القصر ، هل تلزمُه الإجابة ؟ فيه وجهان[2] .

هذا كله في حق من هو من أهلِ الشهادة إذا دُعي إليها ليقيمَها .

[حكم الأداء على الفاسق] :

٣٧٥ ـ أما من ليس من أهلها ، يُنظر : إن كان فسقه مقطوعاً به لم تلزمه الإجابة ، هكذا قاله الشيخ أبو علي[3] .

وقال القاضي حسين : لا يجوزُ له أن يشهدَ ، ولو شهد عَصَى ، وإن كانَ فسقاً خفِياً ، قال : لأنّه يُلَبِّسُ الأمرَ على القاضي ، وتابعه البغويُ على هذا .

٣٧٦ ـ قلتُ أنا[4]: الذي فهمتُه من كلامِ الأصحاب ، وتلقيته من مدارجِ مصنفاتِهم في هذا أنّه لا يعصي ، ولا يحرمُ عليه أداءُ الشهادة التي شهد بها ، وهي حقٌ ، ويجوزُ له أداؤها ، بل يُستحبُ ، وهو الذي أراه صحيحاً ، لا ريبَ فيه[5] .

---

(١) سيأتي تفصيل الوجهين في كلام البغوي صفحة ٣٥٩ .

(٢) سبق تكرار هذه المسألة فقرة ٣٦٩ ، وذكرنا أن الراجح عدم لزوم الإجابة .

(٣) وهو الراجح في المذهب ، قال النووي رحمه الله : فإن دعي ذو فسق مجمع عليه .. لم يجب ، (مغني المحتاج : ٤ / ٤٥١ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٣٠ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٣ ، الروضة : ١١ / ٢٧٢) .

(٤) في نسخة ف : قلت : أما .

(٥) قارن الرملي في ذلك ، فإنه قال : بل يحرم عليه ، وإن خفي فسقه ، لأنه يحمل الحاكم على حكم باطل ، ونقل عن ابن عبد السلام جوازه ، (نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٣) ، وقال النووي : « والمذهب ما سبق » ، أي يحرم ، (انظر: الروضة : ١١ / ٢٧٣) .

ومن أشار إلى ذلك الماورديُّ ، والقاضي أبو الطيب الطبريُّ ، وصاحبُه الشيخُ أبو نصر .

أما إذا كان فسقُه مجتهداً فيه ، إن تعينَ عليه لزمه الحضورُ ، لأنه ربما يؤدي اجتهادُ القاضي إلى قبول شهادته [٦٢ / أ] ، وإنْ لم يتعين عليه ، وقلنا : لو كان عدلاً يلزمُه الحضورُ ، فها هنا وجهان[١] .

ومن أصحابنا منْ قال : إنْ كانَ غيرَ متعين عليه لا يلزمُه الحضورُ ، وإن تعينَ عليه ، ولم يكن غيرُه ، (ففيه)[٢] وجهان[٣] .

وقال البغويُّ : إذا كان الشاهدُ غائباً ، لكنّه على مسافةٍ يمكنه إتيان أهلِه ليلاً ، تلزمُه[٤] الإجابةُ ، وله طلبُ المركوبِ ، ونفقةُ الطريق ، فإن دَفع إليه شيئاً ، وقال : اصرفه إلى نفقةِ الطريق ، أو إكتر به مركوباً ، هل له صرفُه إلى شيء آخر ، أو إمساكُه ، والمشيُ راجلاً ؟ فيه وجهان ، كما لو دفعَ إلى فقيرٍ شيئاً ، وقال : اشترِ به لنفسِك ثوباً ، هل له صرفه إلى شيء آخر ؟ فيه وجهان[٥] .

[الإشهاد على الشهادة] :

٣٧٧ ـ وأما شاهدُ الأصلِ ، فإن خيفَ ضياعُ الحق المشهودِ به إن لم يُشهد

---

(١) انظر : الروضة : ١١ / ٢٧٣ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فيه .

(٣) بين النووي وجلال الدين المحلي وغيرهما أن الأصح في حالة الفسق المختلف فيه ، كشارب النبيذ ، وجوب الأداء ، وإن عهد من القاضي رد الشهادة به ، لأنه قد يتغير اجتهاده ، وقيل : لا يجب عليه الأداء ، دون أن يفصلوا بين حالتي التعيين وعدمه ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٥١ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٣٠ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٣ وما بعدها ، الروضة : ١١ / ٢٧٣) .

(٤) في نسخة ف : فتلزمه .

(٥) سبق بيان المسألة فقرة ٣٦٨ ، ٣٧٤ .

على شهادتِه ، وجبَ عليه أنْ يُشهدَ ، وإن لم يَخف ضياعَه لم يجبْ (عليه)[1].

وقال صاحب « الحاوي »[2] : إن كانَ المشهودُ به مما ينتقلُ إلى الأعقابِ كالموقوفِ ، وجبَ ، وإنْ كانَ من الحقوق المعجلة لم يجب .

وقال صاحبُ « الحليَةِ »[3] : يجب بناءُ هذا على أنَّ الحاكمَ ، هل يجب عليه الإسجال ، أم لا ؟

وقال في « الانتصار »[4] : عندي[5] أنه يختلفُ بحالِ شاهدِ الأصلِ ، فإنْ كانَ في مرضٍ مَخوفٍ ، أو يريدُ الجهادَ ونحوَ ذلك وجب ، وهو معنى كلام الشافعي رضي الله عنه .

[شروط الشاهد] :

٣٧٨ ـ إذا عرفتَ هذه المقدمة ، فاعلم أن الشاهد يشترط فيه شروط مذكورة في كتب المذهب ، من الأهليةِ والعدالةِ والانفكاكِ عن التهمةِ[6] ، وحفظِ المروءةِ وعدمِ الفسقِ وغير ذلك ، ومنها ما هو متفقٌ عليه عندنا ، ومنها ما هو مختلفٌ فيه ، وليس هذا الكتابُ موضوعاً لذلك ، والإطناب فيه ، فلا نطوله بذكر ما لم نضعه له[7] .

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) ١٣ ق ٢١ / ب ، وصاحب الحاوي هو الماوردي ، والحاوي كتاب جامع لأقوال المذهب الشافعي وغيره مع الأدلة والمقارنة ، ويتألف من ٢٤ مجلداً كبيراً ، ولا يزال مخطوطاً ، يتراكم عليه الغبار والتراب ، ويهدده السوس والأرضة ، وتتسرب إليه الرطوبة في دور الكتب ، ومرت ترجمة الماوردي في صفحة ٧٢ .

(٣) حلية الأولياء لأبي نُعيم الأصبهاني ، وقد طبع مراراً ، ومرت ترجمة أبي نعيم في صفحة ٦٥ .

(٤) الانتصار لأبي العباس ابن سريج وقد مرت ترجمته في صفحة ٦٨ .

(٥) في نسخة ف : وعندي .

(٦) في نسخة ف : والبراءة من التهم .

(٧) انظر شروط الشاهد باختصار مع المقارنة والمراجع في (وسائل الإثبات : ١ / ١١٢ ، الروضة : ١١ / ٢٢٢ وما بعدها ، الحاوي : ١٢ ق ١٢٤ / أ وما بعدها) ، وسوف يذكرها المصنف مختصرة فقرة ٤٠٨ صفحة ٣٨٣ .

[ما يشترط فيه الرؤية] :

٣٧٩ ـ إذا عُرِفَ هذا ، فاعلم أن المشهودَ به إن كان مُدركا بالسمع ، كالأقاريرِ والعقود والإنشاءات القولية ، أو بالبصر ، كالقبوض والإتلافاتِ القتل والزنا وشرب الخمر ، فلا يجوزُ للشاهد أن يعتمدَ في ذلك على استفاضةٍ ، ولا خبرِ مخبرٍ ، قلَّ أو كثُرَ ، بل لابدَّ في تحمله الشهادةَ بشيءٍ من ذلك من مشاهدةِ المقر أو القائلِ عقداً من العقود ، أو إنشاءً من الإنشاءات ، أو فاعلا فعلا من الأفعال المشار إليها بحاسةِ سمعِه وبصره[1] ، ففي الأقوال لابدّ من مشاهدةِ القائل في حال تلفظهِ ببصره ، وسماعِه ما يتلفظ به[2] ، وفي الأفعالِ يكفي تحملُ الشهادةِ على فاعلها بمشاهدتهِ فاعلاً كذا ، إما قائلاً أو قابضاً أو متلفاً أو شارباً أو زانيا .

[السماع من وراء حجاب] :

٣٨٠ ـ وسواء في هذا من يتحققُ السامعُ كلامَ المقر منْ [٦٢ / ب] وراء حجابٍ ، أو من يظنُّ ذلك ، لابدَّ من رؤيةِ المقرِ حالة إقراره ، بحاسةِ بصر السامع الشاهد ، إلا في حق الأعمى إذا سَمِعَ مقِراً يقر ويدُه مستمسكةٌ به ، وما زال متمسكاً[3] به ، حتى أحضره بين يديْ الحاكم ، وشهدَ عليه ، ويدُه قابضةٌ عليه ، ففي سماعِ الشهادة منه على هذه الصورة خلافٌ سنذكره[4] ، وإنما الكلامُ فيمن يسمعُ إقرارَ مقرٍ ، وبينهما سترةٌ من حائط ، أو بابٌ مغلقٌ ، أو سِترٌ معلقٌ ، فلا يجوز له تحملُ الشهادة في مثل هذه الصورة .

---

(١) انظر : المهذب : ٢ / ٣٣٥ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٥ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٣١٦ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٢٧ ، الحاوي : ١٢ ق ١١٤ / ب ، الروضة : ١١ / ٢٥٩ وما بعدها .

(٢) المهذب : ٢ / ٣٣٦ ، والمراجع السابقة .

(٣) في نسخة ف : مستمسكاً .

(٤) انظر فقرة ٣٨٢ من هذا الكتاب .

٣٨١ ـ وإن كان السامعُ يقطع بمعرفة المتكلم من وراء حجابٍ ، هذا لا خلافَ فيه بين أصحابنا ، وإنْ (كان)[١] يكونُ مكابرةً ، فإنَّ علمَ الإنسانِ بصوتِ والدِه أو ولدِه أو أخيه المعاشِرِ له في الأزمان المختلفة الكثيرة علمٌ ضروري[٢] ، لا يداخله فيه شكٌ ولا ريبٌ ، فإذا فُرِضَ والدٌ صاح بولده من وراءِ سترٍ أو حائطٍ ، يا فلان ، أنا والدك ، فاشهد عليّ بكذا ، فإن الولدَ السامعَ يعلم علماً ضرورياً أنّ الصائحَ به والده ، ويجزمُ بذلك[٣] ، ويقطعُ به ، وإذا راجعَ نفسه فيه ، وشككها لم يتشكك أصلاً .

[شهادة الأعمى] :

٣٨٢ ـ ومع ذلك قطعَ الأصحاب بأنه لا يجوز تحمل الشهادةِ عند غيبةِ المقِر عن البصرِ ، وإن سمعَ الصوتَ .

وسببه أن الأصواتَ قد تتشابهُ في الجملةِ ، والشهادةُ يُحتاطُ لها ، فسُدَّ باب الاحتمالِ فيها ، كما فُعِل بالأعمى ، وأسقطت شهادتُه فيما يتحمله بعد العَمى لهذا المعنى ، حتى لو استمسكَ بشخصٍ فأقر الشخص في أذنهِ بإقرارٍ ، ويده على رأسه متمسكاً به ، ثم لم يزل متمسكاً به حتى أحضره إلى مجلس الحكم ، وأدّى شهادتَه عليه (بما سمعَه منه ، وهو متشبث به ، لازمٌ له ، هل تسمع شهادتُه عليه ؟)[٤] فيه وجهان[٥] ، سداً لباب الاحتمالِ ولو على بُعد .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كاد .

(٢) في نسخة ف : يكسبه علماً ضرورياً .

(٣) في نسخة ف : ويجزم به لك .

(٤) ما بين القوسين من هامش الأصل ، وفي آخره : صح أصل .

(٥) الراجح جوازه في هذه الحالة لحصول العلم بأنه المشهود عليه ، وفي قول المنع ، حسماً للباب ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٦ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٦ ، الروضة : ١١ / ٢٦٠ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٢٧ ،) وتقبل شهادة الأعمى في الحالات التي تقبل فيها شهادة التسامع ، (انظر حاشية البجيرمي : ٤ / ٣٥٢) ، وانظر تفصيل شهادة الأعمى في (الحاوي : ١٢ ق ١١٦ / أ وما بعدها ، الروضة : ١١ / ٢٦٠) .

ولا خلافَ أنَّه لو فارقَه لحظة ، وتركَ ملازمته واستمساكه بـه ، ثم لزمـه ، لم تسمع شهادتُه قولاً واحـداً ، كل ذلـك حفظـاً لحقوقِ النـاس ، ونفيـاً لاحتمال التزوير والتبديلِ ، مع أنا قَدْ جوزّنا للأعمى وطء زوجتـه ، اعتماداً على صوتها للضرورة ، بخلاف الشهادة .

[الشهادة على المرأة المُنْتَقِبة] :

٣٨٣ ـ وكـذلـك المرأةُ المُنْتَقِبـةُ[١] لا يجـوزُ تحمـلُ الشهـادةِ عليهـا في حـال تنقبها ، وإن عرفَها الشاهـدُ بـالصوتِ ، وعلمَ أنهـا فلانـةُ بنتُ فلانِ بنِ فلان ، حَـذَاراً من أن تكـونَ هـذه المُنتَقبـةُ غيرَ من يعرف ، أنهـا أختُـه مثـلاً ، أو قريبتُـه ، وإنْ كانَ يقطعُ بـأنّهـا هي فلانـةٌ التي يعرفهـا اسماً ونسبـاً ، إذا سمع صوتها ، بل يكونُ تنقبها كاستتارِها من وراء سترٍ أو حـائـطٍ ، هـذا هو المفهوم من كلام الأصحاب .

٣٨٤ ـ **وعنـدي** : أنَّ تنقبها مع كونِها حاضرةً ، يشاهـدُ الشـاهـدُ جملتَهـا [٦٣ / أ] وبعض وجهها قريبٌ إلى جوازِ تحمل الشهادة عليها ، وقـد رَمَزَ إلى هذا بعض الأصحـاب ، فـإنـهُ إذا كان يعرفُهـا قبلَ التنقب اسماً ونسبـاً وعينـاً ، وله سابقةُ رؤيةٍ لها ، لكونها مَحْرَماً له مثلاً ، وقد شـاهـدَهـا مُنَقَّبـةً غيرَ مرة ، فإذا أشهدته عليها متنقبةً ، وهو يشاهدُ جملتها ، وهي تخاطبهُ بالشهـادة ، فمنعُ التحمل في مثلِ هذه الصورة بعيدٌ ، وسد بابِ الاحتمالِ من كل وجهٍ غيرُ بعيـدٍ أيضاً .

---

(١) هي المرأة التي تضع النقـاب على وجههـا ، فلا يظهر منـه إلا القليـل النـادر كالعين أو العينين ، ويجـوز تقـديم النون على التاء والعكس من تنقّب وانتقب ، (انظر : القاموس المحيط : ١/ ١٣٤) ، ولم يذكر لنا الفيروزبادي تحديد النقاب على الوجه ، والشهادة عليها أن يستفيض عنده ، وهي منتقبة ، أنها فلانة بنت فلان ، ثم يتحمل عليها ، وهي كذلـك ، (انظر : حـاشيـة عميرة : ٤ / ٣٢٧ ، نهـايـة المحتـاج : ٨ / ٣١٨ : مغني المحتـاج : ٤ / ٤٤٧ ، الروضـة : ١١ / ٢٦٤) ، وسوف يكرر المصنف كلامه عليها في فقرة ٤٠٧ .

[التحمل بالاستفاضة] :

٣٨٥ ـ أما الشهادةُ بالملكِ والنسبِ والموتِ فيُكتفى[1] في تحملِ الشهادة بها بالظنِ الغالبِ الحاصلِ للشاهد ، وهو الاستفاضة على تفصيلٍ سنذكره .

[الاستفاضة بالملك] :

٣٨٦ ـ أما المِلك فلا خلافَ في ثبوته بالاستفاضة بشروط ، فإذا استفاضَ عندَ الشاهدِ ، وشاعَ في النّاس أنَّ زيداً مالكٌ لهذه الدارِ ، ورآه الشاهدُ يتصرف فيها بالسكنى والإيجارِ والتخريبِ والبناءِ[2] ، مدةً يغلبُ على الظنِ فيها أنَّ ذلكَ لا يصدرُ إلا من مالكٍ ، ووَجَدَ تفاوضَ الناسِ بإضافةِ الملكِ ، جازَ للشاهدِ أنْ يشهدَ ، والحالة هذه ، له بالملكِ قولاً واحداً[3] .

[مدة التصرف بالملك] :

٣٨٧ ـ وفي تقديرِ المدةِ المشروطةِ للتصرفِ خلاف ، منهم من قال سنة ، وقال الشيخ أبو علي : قيل : سنةٌ ، وقيل : ستةُ أشهرٍ ، وقيل : شهران .

٣٨٨ ـ **قلت** : الأصحُ عندي أنها غيرُ مقدرةٍ ، والأصحُ أنه لا يكفي أقلُ من سنةٍ ، وفي السنةِ نَظَرٌ ظاهرٌ ، والأصحُ الرجوع في ذلك إلى العادة ، ومضي مدةٍ تغلبُ على الظن[4] .

---

(١) في نسخة ف : فيكفي .

(٢) العبارة في نسخة ف : والبناء والتخريب .

(٣) انظر : الروضة : ١١ / ٢٦٨ ، الحاوي للماوردي : ١٢ ق ١١٥ / أ ، وسبق بيانه فقرة ٣١٧ صفحة ٣١٧ ، وسوف ينقل المصنف كلام الهروي في ذلك فقرة ٤٢٦ صفحة ٣٩٣ .

(٤) لا مانع أن نعيد عبارة النووي رحمه الله تعالى لاختصارها وإيجازها ، فإنه قال : ولا تجوز الشهادة على ملك بمجرد يد ، ولا بيد وتصرف في مدة قصيرة ، وتجوز طويلة في الأصح ، وشرطه تصرف ملاك من سكن وهدم وبناء وبيع ورهن ، انظر شرح ذلك وتفصيله وبيانه في (مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٩ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٠ ، حاشية قليوبي وعميرة على شرح المحلي : ٤ / ٣٢٩ ، المهذب : ٢ / ٣٣٦ ، الروضة : ١١ / ٢٦٩ وما بعدها ، ومر بيانه فيما سبق صفحة ٣١٥) .

[التصرف مع عدم الاستفاضة] :

٣٨٩ ـ أما إذا وُجد التصرف من البناء والتخريبِ والإسكانِ والإيجارِ والإعارة بغير مانعٍ ولا منازعٍ ، لكنْ لم يُوجد تفاوضُ الناسِ بإضافة الملك إليه ، ولا شاعَ ذلك بينهم ، فهلْ له أن يشهدَ له بالملك ؟ فيه وجهان .

قال الإمام والغزالي : الأقيسُ نعم[1] .

(وقال البغوي : الأصحُ نعم[2])[3] .

وقال الشيخ شرفُ الدين ابنُ أبي عصرون : الأصحُ أنه يشهدُ له باليد دون الملك .

[الاستفاضة بالملك مع عدم التصرف] :

٣٩٠ ـ ولو وُجد التسامعُ فقط ، وتفاوض الناسِ بالملك له دون اليدِ والتصرف ، كملكٍ مُعطلٍ ، نقل الإمامُ عن العراقيين أنه يجوز أن يشهد بالملكِ ، قال : وهو بعيدٌ ، قالَ : وقياسُ المراوزةِ ، وهو الذي قطع به القاضي ، أنه لا يجوزُ اعتماده في الشهادة .

وقال الماوردي[4] : الملك المطلق يثبت بسماع الخبر الشائع المتظاهر[5] بين الناس ، بأن يسمع منهم على اختلاف أحوالهم يقولون : هذه الدار لفلان ،

---

(١) الوجيز : ٢ / ٢٥٤

(٢) وهو الراجح في المذهب ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٩ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٣٢٠ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٢٩ ، المهذب : ٢ / ٣٣٦ ، جواهر العقود : ٢ / ٤٤١ ، الأشباه والنظائر ، السيوطي : ٤٩٢ ، الروضة : ١١ / ٢٦٩) .

(٣) ما بين القوسين من هامش الأصل ، وبعدها : صح .

(٤) الحاوي ، له : ١٢ ق ١١٥ / أ ، مخطوط .

(٥) في نسخة ف : المتطاير .

ويتكرر ذلك منهم على ممرِ الأزمان ، (ولا)[1] يوجدُ منهم نكيرٌ[2] ، ولا منازعٌ ، وهل تصح الشهادة بذلك من غير مشاهدة تصرفٍ فيه ؟ فيه وجهان ، الأكثرون قالوا : (يجوز)[3] ، وقال القاضي [٦٣ / ب] أبو الطيب في « التعليقِ الكبير » : الملك المطلق يجوز تحمل الشهادةِ به بالسماعِ ، ولم يحكِ فيه خلافاً[4] .

ونقلةَ عنه صاحباه الشيخان أبو إسحاق[5] وأبو نصر كذلك ، وقالوا كلهم : إذا لم يَستفضِ الملك لزيدٍ ، ولا شاع ، لكنه رآه يتصرف فيه مدةً طويلةً ، هل يجوز أنْ يشهدَ له بالملك أو باليدِ فقط ؟ فيه وجهان[6] .

[العدد في الاستفاضة] :

٣٩١ ـ ثم اعلمْ أنَّ في عددِ الاستفاضة وجهين : أحدهُما ، وهو قولُ الشيخِ أبي حامد الإسفراييني أنَّ أقلَّه أنْ يسمعَ من عَدْلين ، والثاني : وهو قول الماوردي : أنّه لا يثبت إلا بعَدَدٍ يقع العلم بخبرِهم ، هكذا نقله عنه الشيخُ أبو

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لا .

(٢) في نسخة ف : مطالب .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وهو ما رجحه النووي بالنقل عن الأكثرين والمحققين ، وفي الأصل : لا يجوز .

(٤) الواقع أن هذه المسألة فيها خلاف كبير بين الأصحاب ، ولكن رجح المحققون في المذهب الجواز ، لأن الملك مؤبد ، فإذا طالت المدة عسر إقامة البينة على ابتداء الملك ، فمست الحاجة إلى إثباتها بالاستفاضة والتسامع ، ولذلك قال النووي بعبارة صريحة قاطعة بعد ذكر المنع : « قلت : الأصح عند المحققين والأكثرين في الجميع (عتق وولاء ووقف ونكاح وملك) الجواز والله أعلم » ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٢٨٥ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٩ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٢٨ ، جواهر العقود : ٢ / ٤٤١ ، الروضة : ١١ / ٢٦٩) .

(٥) وعبارة الشيخ أبي إسحاق هي : وإن كانت الشهادة على مالا يعلم إلا بالخبر ، وهو ثلاثة النسب والملك والموت ، جاز أن يشهد فيه بالاستفاضة .. لأن أسباب الملك لا تنضبط ، فجاز أن يشهد فيه بالاستفاضة ، (المهذب : ٢ / ٣٣٦) .

(٦) ذكرنا في الصفحة السابقة أن الأصح منها الجواز ، لأن امتداد اليد والتصرف مع طول الزمن من غير منازع يغلب على الظن الملك ، وفي قول لا يجوز ، لأن اليد والتصرف قد يوجدان من مستأجر ووكيل وغاصب .

إسحاق في « المهذب »[١] .

٣٩٢ ـ (ووجدناه)[٢] نحن كذلكَ في « الحاوي » فإنَّه ذكر فيه ما لفظه : الخبر المتظاهر الذي تصح به الشهادة ، أنْ يكونَ من العددِ المعتبرِ في التواتر ، وَوَهِمَ[٣] أبو حامد الإسفراييني ، فاعتبره بشاهدين[٤] ، وأمّا القاضي أبو الطيب فإنَّه قال في « تعليقه الكبير » : الملك المطلق يجوز تحمل الشهادةِ عليه بالسماعِ ، وأقل من يسمع منه ذلك اثنان ، يسكن إلى قولهما[٥] .

وقال الشيخُ أبو علي السّنجي في « شرحه الكبير » : إذا سمِعَ رجلٌ عَدْلاً أو عدلين يقولان : إن فلاناً[٦] ابن فلان ، أو إنّ دارَ كذا ملكُ فلان ، أو إنَّ فلاناً مات ، هل يجوز أن يَشهدَ بالسماعِ[٧] على النسبِ والملكِ والموتِ ؟ فيه وجوهٌ ، أحدها ، وهو قول (أبي)[٨] سعيد الإصطخري : أنَّ له أن يشهدَ بقولِ الواحدِ ، لأنَّ ذلك بناءً على غلبةِ الظنِ ووقوعِ العلم في القلبِ ، وقد يغلبُ الشيءُ على الظن بقولِ واحدٍ ، والثاني ، وهو قولُ الشيخ أبي حامد : أنّه لابدَّ

(١) المهذب ٢ / ٣٣٦ ، وعبارته : « وفي عدد الاستفاضة وجهان ، أحدهما وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني رحمه الله أن أقله أن يسمع من اثنين عدلين ، لأن ذلك بينة ، والثاني : وهو قول أقضى القضاة أبي الحسن الماورديّ رحمه الله أنه لا يثبت إلا بعدد يقع العلم بخبرهم ، لأن ما دون ذلك من أخبار الآحاد ، فلا يقع العلم من جهتهم » ، وانظر : الحاوي الكبير ، الماوردي : ١٢ ق ١١٥ / أ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ووجدنا .

(٣) اللفظ في نسخة ف : ففهم .

(٤) اللفظ في نسخة ف : بشهادتين .

(٥) الراجح في المذهب أنه يشترط في شهادة التسامع أن يسمع الشاهد من جمع يؤمن تواطؤهم على الكذب بحيث يقع العلم أو الظن القوي بخبرهم ، وقيل يكفي من عدلين فقط ، إذا سكن القلب إلى خبرهما ، لأن الحاكم يعتمد قولهما فكذا الشاهد ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٩ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٢٨ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٩ ، الروضة : ١١ / ٢٧٠) .

(٦) اللفظ في نسخة ف : فلان بن فلان ، وهو خطأ .

(٧) العبارة في نسخة ف : هل تجوز الشهادة ؟

(٨) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أبو .

من اثنين ، والثالثُ ، وهو الأصحُ ، وإليه ذهب أبو اسحاق المروزي (والقفالُ الشاشي)[1] : أنه لايجوز الاعتماد على قول واحدٍ ، ولا اثنين ولا ثلاثة ، بلْ لابدَّ أن يسمعَ من عددٍ يحصلُ العلم بخبرهم[2] .

٣٩٢ ـ **قلت أنا**[3] : هذا الوجه المذكور في جواز الاعتماد على قول واحدٍ في الملك والنسب والموت ، ذكره القاضي أبو الطيب في النسبِ ، وذكره الهروي في الملك .

[ثبوت النسب بالاستفاضة] :

٣٩٣ ـ أما النسبُ فيثبتُ بالاستفاضة قولاً واحداً[4] ، كالملكِ ، والخلافُ في حدِّ الاستفاضةِ فيه كالملك ، وفيه مزيد تفصيل ومسائل .

قال القاضي أبو الطيب : إذا سمعَ النّاسَ يقولون : إن فلاناً ابنُ فلان ، ووقع معرفةُ ذلك في قلبه ، جازَ له أن يشهدَ بأنّه ابنه[5] ، ولا بدَّ أنْ يسمعَ ذلك ممن يُسكنُ إلى (قوله)[6] ، وأقلُّ منْ يَسمعُ منه اثنان يعرفُهما بالعدالة .

---

(١) أبو بكر ، محمد بن علي بن إسماعيل ، القفال الشاشي الفقيه الشافعي ، إمام عصره بلا مدافعة ، كان فقيهاً محدثاً أصولياً لغوياً شاعراً ، رحل إلى خراسان والحجاز والشام والثغور ، وسار ذكره في البلاد ، وهو أول من صنف الجدل الحسن من الفقهاء ، وله كتاب في أصول الفقه وله شرح الرسالة ، وهو والد القاسم صاحب التقريب من عشرة مجلدات ، وله كتاب في أدب القاضي ، ولد سنة ٢٩١ هـ ، واختلف في وفاته ، قال الشيرازي : ٣٣٦ هـ ، وقال الحاكم ٣٦٥ وقيل ٣٦٦ هـ ، والشاشي نسبة إلى الشاش ، مدينة وراء نهر سيحون ، ويعرف بالقفال الكبير ، أو بالقفال الشاشي ، وهذا القفال غير القفال المروزي ، (انظر : تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٨٢ ، وفيات الأعيان : ٣ / ٢٣٨ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٣ / ٢٠٠ ، طبقات الفقهاء : ١١٢ ، مفتاح السعادة : ١ / ٣٠٥ ، كشف الظنون : ٢ / ٧٣ ، النجوم الزاهرة : ٤ / ١١١) ، والعبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : والقفال والشاشي ، فالواو الثانية زائدة .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ٢٧٠ .

(٣) اللفظ في نسخة ف : أما .

(٤) انظر : المهذب : ٢ / ٣٣٦ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٨ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٩ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٢٨ .

(٥) قال ابن المنذر : وهذا مما لا أعلم فيه خلافاً . (انظر : المراجع السابقة في الرقم ٤) .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : قلبه .

وسئل القاضي في الدَرْس : عما لو سمع ذلك من واحدٍ ، [٦٤ / أ] وسكنَ إلى قولِه ، هل يجوزُ له أن يتحملَ الشهادةَ على ذلك ، فقالَ : يُحتمل أن يقالَ : يجوزُ ، لأنَّ العبرةَ بما يسكنُ قلبُه إليه ، ويَغلبُ على ظنه ، هذا كلام القاضي في « تعليقه الكبير » ، ثم قال : وكذلك لوسمعَ رجلاً[١] يقول : هذا ابني ، مشيراً إلى صبيٍ ، جاز له تحمل[٢] الشهادةِ على أنه ابنُه ، وكذا إذا قالَ : هذا أبي ، وأشارَ إلى رجلٍ ساكتٍ ، صحَّ تحملُ الشهادةِ بالسمع ، لأن سكوته كإقرارِه ، هكذا ذكره القاضي أبو الطيب من غيرِ ذكرِ خلاف فيه .

وقال الماورديُّ : إذا قالَ له : أنا ابنكَ ، وسكتَ ، فإن لم يَشْهد حالَ إمساكه بالرضا لم يثبت النسبُ ، وإن شَهِدَ حالَ إمساكه بالرضا ، قال أبو حامد الإسفراييني : يثبتُ النسب ، لأنَّ الرضا من شواهدِ الاعتراف ، قال الماورديُّ : وهذا الإطلاق غيرُ صحيحٍ ، والحكمُ[٣] فيه أنه إن لم يتكررْ ذلك لم يكن اعترافاً بالنسب ، وإن تكرَر وزالَ عنه شواهدُ الخوفِ والرجاءِ في أحوالٍ مختلفةٍ ، صارَ اعترافاً بالنسب ، وهكذا لو ابتدأ أحدُهما فقالَ : أنا أبوك ، فالحكمُ فيهما سواءٌ ، هذا كلام الماوردي[٤] .

ونقل الشيخُ أبو إسحاق في « المهذب »[٥] مذهب الشيخ أبي حامد في السكوتِ فجعله المذهب ، وأفتى به أولاً ، ثم قال : ومن أصحابنا من قال : لا يَشهدُ حتى يتكرر الإقرارُ به مع السكوت ، يريد بالصاحب ههنا الماورديّ .

---

(١) في نسخة ف : رجلان رجل .

(٢) في نسخة ف : أن يتحمل .

(٣) اللفظ في نسخة ف : والحكمة .

(٤) الحاوي ، له : ١٢ ق ١١٥ / أ .

(٥) المهذب : ٢ / ٣٣٦

وأما الشيخ أبو نصر فإنه حكى ما حكى شيخُه القاضي أبو الطيب سواء ، واختارَ في موضعٍ (آخر)[1] أنه لا يُكتفى بشاهدين ، بل لا بدّ من الاستفاضة ، واختارَ في موضعٍ الاكتفاءَ به ، هذا ما ذكره العراقيون في النسبِ .

وأما المراوزة ، فقد ذكرنا ما نقله الشيخ أبو علي من الأوجه الثلاثة في النسب والملكِ والموتِ ، وقال الإمام : التسامعُ هو الاستفاضة والتلقي من مستمعين ، لا يتأتى حصرُهم ، هكذا ذكره شيخي والقاضي حسين ، وذكرَ العراقيون أنه يكفي السماعُ من عدلين ، ولو سمع رجلٌ من عَدْلين يقولان : فلانُ بن فلانٍ[2] ، جاز التلقي منهما وبتُ الشهادة على النسب ، ثم قالوا : ليسَ هذا شهادةً على شهادةِ العدلين ، بل هو بناءُ الشهادةِ على التسامعِ ، حتى لو لم يذكرا لفظَ الشهادةِ فللسامع منهما أن يشهدَ بالنسب ، ولا يذكرُ صيغةَ شهادة على شهادةٍ ، بل يأتي بشهادةٍ مبتوتةٍ .

وذكر الشيخُ أبو علي وجهين ، أحدُهما : اشتراطُ الاستفاضة ، وهو أنْ يقولَه قومٌ لا يجوزُ على مثلِهم التواطؤُ على الكذب عادةً ، (والثاني)[3] : تلقي سماع [٦٤ / ب] ذلك من عدلين .

هذا الوجهُ (الآخر)[4] ، وإن كانَ بعيداً عن قياسنا ، فهو متجهٌ عندي من جهة أن التواترَ إنما يُفيدُ العلمَ إذا كان مستنِداً إلى معاينةِ المخبرين ، وهذا لا بدَّ منه ، وهو غيرُ ممكن في الأنساب ، ثم إن العراقيين جاوزوا الحد ، فقالوا : لسنا نشترطُ السماعَ من عدلين ، بل نكتفي بدون ذلك ، فنقول : إذا

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) العبارة في نسخة ف : فلان ابن فلان ، أي فلان هو ابن فلان .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الثاني .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وعبارتها : وهو الوجه الآخر ، وفي الأصل : الأخير .

رأى رجلٌ رجلاً ، في يده صبيٌ صغيرٌ ، يصرِّحُ باستلحاقه ، جازتِ الشهادةُ على نسبِه بمجرد ذلك ، وكذلك لو قالَ الكبير : هذا ابني[1] ، وذاك ساكتٌ ، جازتِ الشهادةُ بالنسب ، وكذلك لو قال بالغٌ : هذا أبي ، وسكت الأبُ ، جازت الشهادةُ بينهما بالنسب ، هذا كله كلام الإمام .

قال : وهذا في قياس الفقهِ خطأ صريحٌ ، لأنَّ قولَ الواحد من غير إشاعةٍ في حكم دعوى ، ونحن إذا كنا نثبت نسباً لمنبوذٍ[2] بالدِعْوَةِ[3] ، فيستحيل أن يجوزَ اعتمادها للشهادةِ على النسب مطلقاً ، نعم ، يَشهد الشاهدان على الدعوى ، ثم يقع الحكم بموجبها ، هذا تمامُ كلام الإمام ، وبه تمَّ الكلامُ في النسبِ من الأبِ .

[التسامع بالنسب إلى الأم] :

٣٩٤ ـ أما الانتسابُ إلى الأمِ ، هل يثبتُ بالتسامعِ ؟ فيه خلافٌ مشهورٌ[4] .

[ثبوت الموت بالاستفاضة] :

٣٩٥ ـ أما الموت قطع العراقيون بثبوتهِ بالاستفاضة[5] ، كالملكِ والنسبِ .

---

(١) العبارة في نسخة ف : وكذا لو قال للكبير : هذا أبي .

(٢) في نسخة ف : إذا كنا نثبت نسب المولود .

(٣) الدعوة : بالكسر الادعاء في النسب ، ويشمل ادعاء الولدِ الدَعيِّ غيرَ أبيه ، أو أن يدعيه غير أبيه ، (المصباح المنير : ١ / ٢٦٤ ، القاموس المحيط : ٤ / ٣٢٨) .

(٤) الأصح من القولين جوازُ الشهادةِ بالتسامع على النسب من الأم كالأب ، والقول الثاني : لايجوز لإمكان رؤية الولادة منها ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ /٤٤٨ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٢٨ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٩) .

(٥) رجح المحققون جواز الشهادة بالتسامع على الموت كالنسب ، لأن أسبابه كثيرة ، ومنها ما يخفى ، ومنها ما يظهر ، وقد يتعسر الاطلاع عليها ، وعبر النووي رحمه الله تعالى عن ذلك بقوله : « وموت على المذهب » ، والوجه الثاني بالمنع لأنه يمكن فيه المعاينة ، (انظر : المراجع السابقة ، المهذب : ٢ / ٣٣٦ ، الروضة : ١١ / ٢٦٧) .

وقال الإمامُ : الموتُ كالملكِ والنسبِ ، قالَ : وحكى القاضي[1] أنَّ من أصحابنا من ألحقَ الموتَ بالمختلف فيه ، كالوقْفِ والولاء والنكاح ، قال الإمامُ : وهذا وإن كانَ منقاساً فلا يجوزُ التعويل عليه .

[ثبوت الوقف والنكاح والولاء بالاستفاضة] :

٣٩٦ ـ أما الوقفُ والنكاحُ والولاء ففي ثبوتها بالاستفاضة خلافٌ ، واختلفوا في الأصح .

قال الإمام : الظاهرُ أنها لاتثبتُ بالاستفاضةِ لإمكان مشاهدةِ أسبابها .

وقال المحامليّ في « مجموعه الكبير » : الأصحُّ أنَّها لاتثبتُ .

وقال الشيخُ شرفُ الدين ابن أبي عصرون : الأصحُّ أنَّها تثبتُ .

وذكر القاضي أبو الطيب والماوردي[2] والشيخُ أبو علي خلافاً (مطلقاً)[3] ، من غيرِ اختيارٍ ، وتبعهم على الإطلاق الشيخان أبو إسحاق[4] وأبو نصر والبغوي .

٣٩٧ ـ وقاعدةُ مذهبنا تقتضي أنْ يكونَ الأصحُّ عدمَ الثبوتِ ، لإمكانِ مشاهدةِ أسبابها[5] ، فإن الأصحابَ اتفقوا قاطبة على أنَّ العقودَ والفسوخَ

---

(١) إذا أطلق إمامُ الحرمين الجويني والغزالي والمراوزة لفظ « القاضي » فإنهم يريدون القاضي حسين ، وقد سبقت ترجمته في صفحة ٧٧ .

(٢) الحاوي ، له : ١٢ ق ١١٤ / ب .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : قطعاً ، وهو خطأ .

(٤) المهذب : ٢ / ٣٣٦ .

(٥) وهذا مانقله النووي رحمه الله تعالى ، ولكنه أردف ذلك بقوله : « قلت : الأصح عند المحققين والأكثرين في الجميع الجواز والله أعلم » أ . هـ . وذلك أن مدتها تطول فتعسر إقامة البينة على ابتدائها فتمس الحاجة إلى إثباتها بالتسامع ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٨ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٩ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٢٨)

لاتثبتُ بـالاستفـاضـةِ ، لإمكان الاطلاعِ على مبـاشرهـا بمشـاهـدةِ أسبـابهـا[1] ، واستثنوا الملكَ والنسبَ للعجزِ عن معرفةِ أسبابه ، واختلفوا في الموت ، والأصحُّ ثبوته ، وإن أمكنَ مشاهدته ، لكنه متعـذرٌ في العـادةِ ، وقلما يُكـذبُ فيـه ، فاشتهاره بمنزلةِ مشـاهـدتـهِ ، [٦٥ / أ] والوقْفُ والنكاحُ والولاءُ يمكن الاطلاعُ على الـواقف والمعتـق والمتعـاقـدين في النكاحِ ومشـاهـدتهم ، فـلا حـاجـةَ إلى الاستفاضة فيها .

هذا تمامُ كلام الإمام فيما لايثبتُ بالاستفاضة اتفاقا ، ومـا يثبتُ اتفـاقـاً ، وما هو مختلفٌ فيه خلافاً مشهوراً معدوداً من (المذهب)[2] .

[عدم ثبوت الدين بالاستفاضة] :

٣٩٨ ـ وبقي علينـا ذكرُ مسـألـةٍ في ذلـك ، وهو الـدَّيْنُ ، ولا نعرفُ فيـه خلافاً أنه لايثبتُ بالاستفاضة إلا وجهـاً غريبـاً بعيـداً حكاه الهرويُّ أنَّـه يثبُت بالاستفاضة ، وكنا نتهمه في نقله ، إذْ لم نجدْ غيرَه حكاه ، حتى رأينا الشيخَ أبا نصر ـ وكفى بـه نـاقـلاً ـ ذكرَ شيئـاً يـدلُ على خـلافٍ في معرض الردِ على أبي حنيفة رضي الله عنه ، قال : الملكُ المطلقُ تجوزُ الشهـادةُ فيـه بـالسماع ، وقـال أبو حنيفـة : لايجوزُ كالـدَّيْنِ[3] ، ثم قـال رادّا عليـه : وأمـا الـدَّيْنُ فـأصحـابُنـا لايسلمونَـه ، ثم عـادَ سَلم في الـدَّيْن ، وشرعَ في الفَرق ، فقـولـه : أصحـابُنـا لايسلمونه في الدين ، دليلٌ على وقوعِ الخلاف فيه عندنا .

---

(١) في نسخة ف : مباشرها وأسبابها .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : المذاهب .

(٣) انظر آراء المذهب الحنفي في المراجع التالية : (فتح القدير والعنـايـة : ٦ / ٢٥ ، درر الحكام : ٢ / ٣٧٤ ، جامع الفصولين : ١ / ١٧٠ وما بعـدهـا ، رد المحتـار : ٥ / ٤٧٠) ، وانظر آراء بقيـة المـذاهب بـاختصـار مع المراجع في رسالتنا (وسائل الإثبات : ١ / ٣٦ ـ ٣٧ ، أدب القاضي والقضـاء ، أبو المهلب ، هيثم بن سليمـان القيسي : ١٢٥) وقـال النووي : « ولا يثبت الدين بالاستفاضة على الصحيح » ، (الروضة : ١١ / ٢٧١) .

فليأخذ الناظرُ في كتابنا هذا هذه المسائلَ الحسنةَ ، والوجوهَ الغريبةَ المستحسنةَ التي نستخرجها من كتبِ المذهب ، ونجهدُ أنفسنَا في إظهارها ، كما تراه ، صفواً عفواً ، فربَّ ساعٍ لقاعدٍ ، والأجرُ على الله ، جل ثناؤه ، وهو المستعانُ ، وعليه التكلانُ .



الفصل الثاني

في

تحمل الشهادة على مجهول عند الشاهد وعلى المرأة المنتقبة بتعريف عدلين

[الشهادة على معروف] :

٣٩٩ ـ المشهود عليه إن كانَ معروفاً عند الشاهد عيناً واسماً ونسباً ، وتحمل شهادة عليه بقوله أو فعلِه ، أو فيما يثبتُ بالاستفاضة له وعليه ، فلا إشكالَ في تحملِ الشهادة في ذلك ، وكيفيةُ الأداء سنذكره عقيب هذا الفصل في فصل منفرد إن شاء الله (تعالى)[١] .

[الشهادة على مجهول] :

٤٠٠ ـ وإن كانَ المشهودُ عليه مجهولَ العين أو الاسمِ أو النسبِ عند الشاهدِ فيجوزُ له أن يتحملَ شهادةً عليه بحليةٍ يضبطها في الصّك ، كقوله : أشهدُ على رجلٍ ذكر أنَّه فلان بن فلان بن فلان[٢] ، من البلد الفلاني ، ومن حليته أنّه أسودُ أو أشقرُ ، أو أدمُ طويلٌ أو ربعةٌ أو قصيرٌ ، أقنى الأنف ، أشهلَ أو أكحلَ ، ويذكرُ من صفاته اللازمة القائمة به التي لاتتغيرُ مع طوال الزمن ، ومنها جُعودةُ الشعرِ ، وصهوبتُه وسُبُوطُه[٣] ، وقيل : لايحلى به ، لأنه قد

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وانظر فقرة ٤٠٨ صفحة ٣٨٣ .

(٢) في نسخة ف : ذكر أن اسمه فلان ابن فلان .

(٣) أدم : هو أدْم أهله وأدْمَتهم ويحرك وإدامهم بالكسر أسوتهم ، ورجل مُؤدم مُبشر ، كمكرم ، حاذق مجرب جمع بين لين الأدمة وخشونة البشرة ، والأدْمة بالضم في الإبل لون مُشرب سواداً أو بياضاً ، وهو البياض الواضح ، أو =

يُداوى بما يغيرهُ ، والأولُ أصح ؛ لأنّه قد يُعرف المصنوعُ من الخلقي ، وهكـذا سوادُ الشعر وبيـاضـهُ ، يُحلى بـه ، وقيل : لايحلى بـه ، لأنـه قـد [٦٥ / ب] يُبيض الأسودُ ، ويُسَوِّدُ الأبيضُ ، والأول أصحُ ، لأنَّـه لايكادُ يخفى مـا يتصنعُ له[1] ، ذكر ذلك الماوردي[2] ، وكله تعمق في الكلام عندي .

[ضابط الحلية في تحمل الشهادة على مجهول] :

٤٠١ ـ وضابطهُ : أن[3] يُحلى بصفاتٍ لازمةٍ خَلقية قائمةٍ به ، تُذكِّرُ الشاهدَ الشهـادةَ التي تحمَّلها على المشهودِ عليـه ، متى طُلِبَ منـه إقـامتُها ، بمحضرٍ من المشهودِ عليه ، والإشارةُ إليه ، فإنّه لاتسعُ الشهادةُ عليه إذا لم يَعْرفه نَسَباً واسماً وعيناً في غيبته ، اعتماداً على الحُلي .

وقد جرت عادةُ طائفةٍ من المُعَـدِّلين بتحمل الشهـادة على مجهولٍ عنـدهم ، اعتماداً على حليةٍ يذكرها الكاتب الشروطي في الحجج ، ثم يقـدمون على أدائهـا في غيبة المشهود عليه ، وشاهدنا جماعةً من الحكام يَسمَعُونَ شهادَتهم بذلك[4] على الغائب المجهول بناءً على الحليةِ ، ويقبلونَها ويعملونَ بها بمكاتبـةٍ ينسبونهـا عنهم إلى سائر القضاةِ والحكام في بلاد الإسلام .

= في الضباء لون مُشرب بياضاً ، وأدَمَ ككرم وعلم فهو آدم ، (القـاموس المحيـط : ٤ / ٧٣) ، قنـا الأنف : ارتفـاع أعلاه واحـديـداب وسطـه ، وسبوغ طرفـه ، أو نتوء وسـط القصبـة وضيـق المنخرين ، هـو أقنى وهي قنـواء (القـامـوس : ٤ / ٣٨٠) ، الأشهل : هو الـذي يـوجـد في حـدقتـه حمرة ، وليست خطـوطـاً كالشكلـة ، (القـامـوس : ٣ / ٤٠٤) ، السبط : نقيض الجَعْد ، وهو المسترسل ، (القاموس : ٢ / ٣٦٢ ، المصباح المنير : ١ / ٣٥٩) ، الصَهَب : محركـة حمرة أو شقرة في الشعر ، شعر يخالط بياضه حمرة ، (القاموس : ١ / ٩٤) ، الصَهبـة والصهوبـة احمرار الشعر والمـذكر أصهب ، والأنثى صهباء ، (المصباح : ١ / ٤٧٧) ، وسيرد المزيد من ذلك في فقرة ٤٠٦ .

(١) في نسخة ف : ما ينصبغ .

(٢) الحاوي ، له : ١٢ ق ١١٩ / أ ، مخطوط .

(٣) في نسخة ف : أنه .

(٤) في نسخة ف : يسمعونها منهم .

٤٠٢ ـ **وعندنا** أن هذا غير سائغ[١] قطعاً ، وقد ذكرنا هذا بعينه في القاضي إذا تداعى عنده رجلان لايَعرفهما ، فسجّلَ على الحالفِ منهما أو المقِرِ ، وأشبعنا الكلامَ فيه هناك[٢] ، وهو واردٌ ههنا ، فإنَّ الحاكمَ ببلدِ بغدادَ مثلا إذا شهد عنده شاهدان على رجلٍ مقِر بحقٍ لايعرفانه عيناً ولانسباً ، بل على رجلٍ ذَكرَ أنَّ اسمه محمدُ بن عبد الله بن علي ، ومن حليته كذا وكذا وكذا ، فإذا سمِعَ شهادتهما بذلك ، وحكَمَ على مقِر هذه صفته وحليته ، بإقرارِه بالحق المشهود به ، وأصدرَ من نفسه مكاتبةً حكميةً ، مضمونها ذكرُ المقِر المجهولِ المحلى ، وذكرُ المقَر له ، وذكرُ الدين ، ونُقلت المكاتبةُ الحكمية إلى قاضي البصرة مثلا ، فأحضرَ المقَر له المدعي رجلا موصوفاً بهذه الصفة ، فادّعى عليه ، فأنكرَ ، فأحلفَه ، فحلفَ على عدم الاستحقاق عليه ، فإذا قابلِ الحاكمُ بين الصفاتِ المذكورة في الكتاب الحكمي ، وبين صفاتِ هذا المدعى عليه الآن ، فوجدها متفقة ، والمدعى عليه منكرٌ ، زاعمٌ أنه ليس هو المذكور المحلى في الكتاب الحكمي ، وإن كثيراً من الناس متشابهون في صفاتهم وحلاهم ، أيقال : إنَّ للحاكمِ ، المكتوبِ إليه ، إلزامَ هذا الموصوفِ بالحق الثابت عند القاضي الكاتب عند من هذه صفته ؟ أو يقالُ : له إلزامُه السفرَ مع الخصم المدعي إلى بغداد ، وتكليفُه ذلك ، ليحضرَ عند القاضي الكاتب ، ويستحضرَ الشاهدين ليشهدا على عينه كَلاً ولما[٣] ؟

٤٠٣ ـ هذا لاصائر إليه عندنا ، وقد رأينا الماورديَّ ذكرَ في هذا الفصل كلاماً حسناً ، [٦٦ / أ] لم أره لغيره إلى الآن[٤] ، فإنْ ظفرتُ بغيرِه من الأئمة قال في هذا شيئاً زائداً على ماقاله ألحقتُه بحاشية الكتاب إن شاء الله تعالى .

---

(١) في نسخة ف : شائع .

(٢) الفقرات ٢٦٢ ـ ٢٦٧ صفحة ٣٧٣ ـ ٣٧٧ .

(٣) ألَمَّ بالمعنى إذا عرفه ، ولممت شعثه لَمّاً من باب قتل أصلحت من حاله ما تشعث ، (المصباح المنير : ٢ / ٧٦٧ ، القاموس : ٤ / ١٧٧) ، ومعنى قوله : كلا ولما أي جمعاً .

(٤) الحاوي ، له : ١٢ ق ١١٩ / أ ، مخطوط .

[إقامة الشهادة على مجهول أو لمجهول] :

٤٠٤ ـ قال : أما الشهادةُ على من لا يعرفُه الشاهدُ ، ولمن لا يعرفُه الشاهدُ ، يُنظر : إن كان ذلك في أدائها وإقامتها عند الحكامِ لم يجزْ أن يشهدَ بها على من لا يعرفُه ، ولا لمن لا يعرفُه ، لأنَّ الجهلَ (بمعرفةِ)[1] كل واحدِ منهما مانعٌ من صحةِ الشهادةِ ، كالجهلِ بمعرفةِ المشهودِ به (بعينه)[2] .

[معرفة المشهود له وعليه] :

٤٠٥ ـ وكمال المعرفة أن يعرفَه بعينه واسمه ونسبه ، فإنْ عرفَه بعينه دون اسمه ونسبه جاز في الحاضر ، ولم يجز في الغائبِ[3] ، وإن عرفَه باسمه ونسبه ، ولم يعرفه بعينه جاز في المشهود له ، ولم يجز في المشهودِ عليه ، لأنه قد يجوزُ أن يتحملها لغائبٍ ، ولا يجوزُ أن يتحملها على غائب .

[تحمل الشهادة على مجهول ولمجهول] :

٤٠٦ ـ أما إذا أراد أن يتحملَ الشهادة على من لا يعرفُه ، ولمن لا يعرفُه ، فقد اختلف الناس في جوازه ، فمنع منه قومٌ ، لأنَّ المقصودَ بالشهادةِ أداؤها ، ومع الجهالةِ لايصحُ ، فصارَ الشاهدُ غارّاً ، وقال قومٌ : يكلفُ المقرُ أن يأتيه بمن يعرفُه ، ثم يَشهدُ عليه بعد التعريف ، ولا يشهد عليه قبلَه ، والذي عليه الجمهورُ أنه يجوزُ أن يشهدَ على من لايعرفه ، ولمن لا يعرفُه ، إذا أثبت صورتها ، وتحققَ أشخاصها ، وإن لم يرَهما قبلَ

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وهو الموافق لنص الماوردي في (الحاوي : ١٢ ق ١١٩ / أ) . وفي الأصل : لمعرفة .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وهذه الزيادة ليست موجودة في كلام الماوردي ، وعبارته : كالجهل بمعرفة المشهود فيه .

(٣) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٦ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٧ ، شرح المحلي على المنهاج : ٤ / ٣٢٧ .

الشهادة ، فإن أرادَ الشاهدُ (إقـامتهـا)[1] ، وعرفَ عنـد أدائها شخصَ المشهود عليه ، والمشهودِ لـه بـأعيـانها ، صحَّ منـه (إقـامتهـا)[2] ، مع الجهـالـة بـاسمهما ونسبهما ، وإن خَفيَ عليه أشخـاصُهما ، واشتبهت عليـه أعيـانهما لم يجز (لـه)[3] إقامتُها .

فهذا ما ذكره الماوردي[4] وهو في غاية الحسن والفقه .

ثم قال عقيب[5] هذا متصلاً به : أما تحليةُ المشهودِ عليه إذا كان مجهولاً فقد أوجبها قوم ، لأنها تؤدي إلى المعرفةِ ، ومنعَ منها آخرون لاشتبـاههـا ، والجمهور أنها استظهارٌ باعثةٌ على التذكرِ كالخـطِ الـذي يُراد لتـذكر الشهـادة ، ولا يُعولُ عليه في الأداء[6] .

ثم ذكر بعـدَ هـذا الصفـاتِ التي يُحلى المقِرُ بهـا كالطـولِ والقِصَرِ واللـونِ والكُحْـلِ والشُهُـولـة والشُكْلَـةِ ، وهي كميـةُ الحمرة في بيـاض العين ، قـال : (وقد)[7] روي أن النبي ﷺ كان في عينه شُكْلَةٌ[8] ، وجعودةُ الشعر وصهوبتـهُ

(١) (٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إقامتهما ، وفي الحاوي : إقامتها .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٤) الحاوي : ١٢ ق ١١٩ / أ .

(٥) لفظ عقيب خطـأ شـائع مشهور بين الفقهـاء ، والصواب عقب ، وتستعمل بمعنيين ، فيهما معنى الظرفيـة ، أحدهما : بمعنى المتابعة والموالاة ، والثاني : إدراك جزء من المذكور معه ، أما لفظ عقيب فهو اسم فاعل من قولهم عاقبـه معاقبة وعقبه تعقيباً فهو معاقب ومُعقب وعقيب ، إذا جاء بعده ، قال الأزهري : والليل والنهار يتعاقبان ، كل واحد منهما عقيب صاحبه ، والسلام يعقب التشهد أي يتلوه فهو عقيب له ، قال الرافعي : فقول الفقهـاء يفعل ذلـك عقيب الصلاة ونحوه بـاليـاء لا وجـه لـه إلا على تقـدير محـذوف ، والمعنى في وقت عقيب وقت الصلاة ، فيكـون عقيب صفـة وقت ، ثم حذف من الكلام حتى صار عقيب الصلاة (المصباح المنير : ٢ / ٥٧٣ ـ ٥٧٥) .

(٦) الحاوي ، له : ١٢ ق ١١٩ / أ .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : قد .

(٨) حـديث صحيح رواه مسلم والترمـذي عن جـابر بن سمرة بلفـظ : كانَ رسولُ الله ﷺ ضليـع الفم ، أشكل العين ، منهوس العقبين ، قال النووي : إن الشُكْلَة حمرة في بياض العينين ، وهو محمود ، والشهلة بالهاء حمرة في سواد العين ، وقـال ابن الأثير : أي في بيـاضها شيء من حمرة ، وهو محمود محبـوب ، يقـال : مـاء أشكل إذا خـالطـه الـدم ، =

وسبوطتُه ، وبياضةُ وسوادُه ، وذكر فيهما[1] خلافاً سبق ذكره[2] ، وذكر خلافاً في التحليةِ بالصَمِ ، وجوّز[3] التحليةَ بالأسنان [٦٦ / ب] والأضراس وعددِها ، وبالكلامِ وما فيه من لُثْغٍ[4] وتمتمةٍ[5] وفأفأةٍ[6] ، وما في اللسان من عجلة وثقل ، وكلُ ذلك حسنٌ[7] .

خرجَ من هذا كله أنّ من شهدَ على من لا يعرفُه بحليةٍ وصفةٍ كانت الحلية مذكرةً له كالخطِ ، فلا يجوزُ اعتمادُها أصلاً ، إنما المعتمد هو ذكرُ الشهادة ، والعلمُ بأن هذا الحاضرَ هو المقِرُ ، ففي غيبته لاتسمع الشهادة عليه ممن لايعرفُه أصلا ، وفي حضرتِه تسْمع إذا ذكرها الشاهد ، وحققَ أنَّ هذا الحاضرَ المنكر الآن هو المشهود عليه المقِر أولاً بعينه[8] .

[الشهادة على المرأة المنتقبة] :

٤٠٧ ـ أما الشهادة على المرأة المُنْتَقبة فلا تجوز[9] من غير تعريفٍ أصلاً[10] ، وهل يجوز بتعريفِ عَدْلين رأياها غيرَ منتقبة ، وعرفاها عيناً واسماً

= (انظر : شرح النووي على مسلم : ١٥ / ٩٣ ، تحفة الآحوذي : ١٠ / ١٣٠ ، النهاية في غريب الحديث : ٢ / ٤٩٥) .

(١) في نسخة ف : فيها .

(٢) فقرة ٤٠٠ وما بعدها .

(٣) في نسخة ف : وجواز .

(٤) لثِغَ لثَغًا من باب تعب فهو ألثغ والمرأة لثغاء ، واللثغة وزان غرفة حُبسة في اللسان حتى تصير الراء لاماً أو غيناً ، أو السين ثاء ونحو ذلك ، قال الأزهري : اللثغة أن يعدل بحرف إلى حرف ، (انظر : المصباح المنير : ٢ / ٧٥٣) .

(٥) تمتم الرجل إذا تردد في التاء ، فهو تمتام ، وقال أبو زيد : هو الذي يعجل في الكلام ، ولا يفهمك ، (انظر : المصباح المنير : ١ / ١٠٧) .

(٦) الفأفاء : مردد الفاء ومكثره في كلامه ، (القاموس المحيط : ١ / ٢٣ ، المصباح المنير : ٢ / ٦٦٢) .

(٧) انظر : الحاوي : ١٢ ق ١١٩ / أ ، مخطوط .

(٨) انظر : نهاية المحتاج ، للرملي : ٨ / ٣١٧ .

(٩) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يجوز .

(١٠) سبق ذكر ذلك في فقرة ٣٨٣ ، وانظر المراجع المشار إليها .

ونسباً ؟ فيه خلاف[1] مبنيّ على أن التسامعَ من عَدْلين كافٍ في ثبوت النسب[2] .

وكان الشيخُ القفالُ لايرى الشهادة على المنتقبة بتعريفِ عدلين ، واستُشهد مرة على امرأةٍ منْتَقِبة بتعريفِ عدلين ، فكتبَ بخطِه : أشهدني فلان وفلان أن فلانة بنت فلان بن فلان أقرت بكذا وكذا ، ظنَّ المشهود له أنّه شهدَ على المرأة ، فلما طلب منه أداء الشهادة عليها قال : كيف أشهد ؟! والشاهدان في السوقِ ، يعني أن شهادتي لم تكن على المرأة ، بل شهدت على شهاة المعرفَيْن بالمرأة ، فصرت فرعاً ، وهما حاضران في السوق[3] ، فلا تسمع شهادتي على شهادتها مع حضورهما .

وميل الشيخ أبي محمد إلى جوازِ تحمل الشهادة على المرأة المنتقبة بالتعريفِ ، للحاجة إلى ذلك ، لابناءً على ثبوتِ النسبِ بالتسامعِ من عَدْلين ، إذْ لم يكن يراه ، بل لضرورةِ الناس إليه في مدايناتهم .

وقال الهرويُّ : ذكر الشيخُ أبو محمد أنّه يُكتفى بمعرِّفٍ واحدٍ ، يعرِّفُ بالمرأةِ في تحملِ الشهادة عليها ، لأنه إخبارٌ ، وليس بشهادة .

وعند الشيخ القفالِ طريقُ تحمل الشهادةِ على المرأة كشفُ وجهها ، والنظر إليها ، وحفظُ حليتها ، ثم عندَ أداء الشهادة (تحضرُ)[4] المرأةُ ،

---

(١) الراجح أنه لا يجوز تحمل الشهادة على المرأة المنتقبة بتعريف عدل أو عدلين كما عبر عن ذلك النووي رحمه الله ، ثم قال : والعمل على خلافه ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٧ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٨ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٢٧ ، الروضة : ١١ / ٢٦٤) .

(٢) وهو الرأي المرجوح في المذهب ، انظر : فقرة ٣٩٣ .

(٣) في نسخة ف : البلد .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يحضر .

(وتكشفَ)[1] وجهها ثانياً[2] ، فإن عرفها أنّها هي المشهود عليها أولاً ، شهدَ عليها ثانياً ، مشيراً إليها ، وإلا سكت ، وإنْ استرابَ القاضي عندَ أداء الشاهدِ الشهادةَ منه ، ونسبه إلى جهلٍ أو مسامحةٍ ، فله أن يمتحنه بإحضارِ نسوةٍ معها في قَدِّها وكِسْوتها ، ويكلفُ الشاهدُ تمييزَها عن (الباقياتِ)[3] ، فإنْ لم يميزها لم تُسمع شهادتُه ، فعلَ ذلك القاضي أبو عاصم ، هكذا ذكره الإمامُ .

☆ ☆ ☆

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ويكشف .
(٢) ذكر النووي والخطيب الشربيني هذه الأقوال ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٧ ، الروضة : ١١ / ٢٦٤) .
(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الباقين .

الفصل الثالث
في
كيفية أداء الشاهد الشهادة

[شروط قبول الشهادة] :

لاتقبلُ شهادةُ [٦٧ / أ] الشاهد في الحقوقِ المالية إلا بشروط :

٤٠٨ ـ **أحدُها** : تقَدُّمُ الدعوى بالحقِّ المشهودِ به .

٤٠٩ ـ **وثانيها** : استدعاءُ المدعي أداءَها من الشاهد .

٤١٠ ـ **وثالثها** : إصغاءُ الحاكمِ إليه واستماعُه[1] منه .

وهل يشترطُ في صحةِ سماعِها إذنُ الحاكمِ له في الأداء ، هذا عندنا فيه نظرٌ ظاهرٌ ، وهو من الأدب الحسن .

وقال القاضي أبو الطيب : لا يأمرُ الحاكمُ الشاهدَ بإقامة الشهادة ، بل يقول : من كان عندَه شيء فليقله .

٤١١ ـ **ورابعها** : لفظةُ « أشهد » ، ولا بدَّ منها بعينها ، ولا يقومُ غيرُها مقامَها ، كقوله « أعلم ، أو أتحقق ، أو أجزم » على الصحيح من المذهب[2] .

وحكى الإمام فيه وجهاً بعيداً أنّه لاتتعين لفظة « أشهد » ، ويقوم غيرُها

---

(١) في نسخة ف : في استماعه .

(٢) انظر : نهاية المحتاج : ٤ / ٢٩٢ ، إعانة الطالبين ، السيد البكري : ٤ / ٣٠٣ ، حاشية الشرقاوي على شرح التحرير : ٢ / ٥٠٢ ، وسائل الإثبات : ١ / ٨٩ ، وانظر فقرة ٣٧٨ صفحة ٣٦٠ .

مقامَها ، مما يؤدي معناها ، وهذا الوجه وإن كانَ منقاساً من طريقِ المعنى ، لكنه بعيدٌ جداً لا يعدُّ من المذهب ، فلا يعتد به ، لأنَّ باب الشهادة مائلٌ إلى التعبدِ ، فالقياس دَخيلٌ فيه في بعضِ المواضع ، ولم أرَ أحداً حكى هذا الوجه غيرَ الإمام .

٤١٢ ـ **وخامسُها :** أن يقتصرَ في شهادته على ما ادَّعاه المدعي ، احترازاً عما إذا ادَّعى عليه بألفِ درهمٍ ، فشهدَ الشاهدُ عليه بألفين ، لم تثبت الزيادةُ على الألفِ المدعى بها قولاً واحداً ، وهل تثبتُ الألفُ المدّعى بها ؟ فيه قولان يُبنيان[1] على أنَّ منْ جمعَ في شهادتِه بين مايجوزُ ومالا يجوزُ ، هل تبطلُ في الكلِّ ؟ أو تقبلُ فيما يجوز ؟ وتبطل فيما لايجوز ؟ فيه قولا تفريق الصفقة .

فإن قلنا : لا تقبل في الألف المدعى بها ، هل يصير مجروحاً[2] في الشهادةِ بها ؟ حتى لا يقبلُ فيها لو عاد شهد بها مقتصراً عليها ، هل تسمع ؟ فيه خلاف .

قال الإمامُ : ولا خلافَ أنه لا يصيرُ مجروحاً في غير هذه الشهادةِ .

٤١٣ ـ **وسادسُها :** أنْ يؤدي كلُّ شاهدٍ ما تحملَه من الشهادةِ ، مُصرِّحاً به في لفظه ، وإن زاد عددهم على شاهدين ، حتى لو شهد واحدٌ شهادة صحيحة ، صرّح فيها بما تحملَه ، وأدّاها أداءً شرعياً صحيحاً ، فقالَ الشاهدُ الآخرُ : أشهدُ بمثلِ ما شهد به[3] هذا الشاهدُ ، لم يُسمع ، بل لابد من تصريحه بما تحملَه وقتَ الأداء .

---

(١) في نسخة ف : ينبنيان .

(٢) في نسخة ف : مجرحاً .

(٣) العبارة في نسخة ف : أشهد بمثل شهادة .

صرّح بذلك الماوردي ، قالَ : لأنّ[1] هذا إخبارٌ ، وليس بأداءٍ ، وهو كلامٌ صحيحٌ حسن .

٤١٣ / ٢ ـ **وعندي** : أن قولَ الشاهدِ عندَ الأداء : أشهدُ[2] بما وضعتُ بـه خطي ، لا يُسمعُ[3] أيضاً ، بل لابدَّ من تصريحه بما شهدَ به ، وهو ظاهرٌ .

٤١٤ ـ **وسابُعها** : أن يَنْقلَ الشـاهـدُ مـا[4] سمعـه أو رآه إلى الحـاكم ، من إقرارٍ أو بيعٍ أو إتـلافٍ إو قبضٍ أو غير ذلـك ، فيقـولُ في الإقرار : أشهـدُ على إقراره ، أو حضرتُ العقدَ بينهما ، أو [٦٧ / ب] عاينتُه أتلفَ ، ثم الحـاكمُ بعـد ذلك يُرتِبُ الحكمَ على ذلك ، إذا وُجدت شرائطُه عنده .

فلو قالَ الشاهدُ : أشهدُ أنَّ هـذا يستحقُ في ذمـة هـذا درهمـاً ، هل تُسمعُ هذه الشهادةُ ؟ فيـه ثلاثـةُ أوجـهٍ ، المـذهبُ أنهـا تُسمعُ ويعملُ بهـا ، والثـاني : لا تُسمعُ ، لأنَّ هـذا من وظيفـةِ الحـاكم ، والثـالثُ : إن كانَ الشـاهـدُ متـمذهِبـا بمذهب القاضي سُمعت ، وإلا فلا .

[صيغة الشهادة على الإقرار] :

٤١٥ ـ ثم أعلم أن الشاهدَ إذا كانَ شهدَ على مقِرٍ أقرَّ عنده بـدينٍ لغيره ، أو أقرَّ ببيـعٍ أو شراءٍ أو غيره ، فليكتبْ في رقمِ شهـادتـه : أشهـدني المقِرُ على نفسِـه بذلك ، أو بما أقرَ به ، وليؤدِ الشهادةَ كذلك ، وقد شاهدنا جمـاعـةً من الشهودِ المتصفينَ بـالعلمِ يكتب في رقمِ شهـادتـه : أشهـدُ على إقرارِ المقِر فلانِ بن فلان[5]

---

(١) في نسخة ف : إن ، انظر : الحاوي : ١٢ ق ١٢٠ / ب .

(٢) في نسخة ف : شهدت .

(٣) في نسخة ف : لا تسمع .

(٤) وهنا نقص عدة أسطر من نسخة ف ، ثم جاء بها بعد صفحتين .

(٥) في نسخة ف : فلان ابن فلان ابن فلان .

بذلك ، أو بمضمونِ هذا الكتاب ، ويُؤدي شهادتَه عند الحاكمِ بذلك[1]، وهو عندنا بعيدٌ عن الصواب ، لأنَّ إقرارَ المقِر مشهودٌ به ، والمقِر هو المشهود عليه ، فقولُه : أشهدُ على إقرارِ زيدٍ ، غيرُ صحيح ، لأنَّ إقرارَ زيد ليس مشهوداً عليه ، بل زيدٌ هو المشهود عليه ، وإقرارُه مشهودٌ به ، فالصواب أنْ يقولَ : أشهدني زيدٌ على نفسه بما أقرَّ به[2].

وهذا (قلَّ)[3] من يتنبَه له في زمننا هذا إلا من له قَدَمٌ راسخٌ في هذا العلمِ ، ووُفِّق[4] له ، وليس سببُه إلا الغفلةَ عن هذا العلم ، والإعراضَ عن طلبِ الحقائق فيه ، وإلا فغيرُ هذا أدقُّ معنىً منه ، وأغوصُ (مما)[5] يعرفُه الفقيهُ .

[كيفية الشهادة على عقد] :

٤١٦ ـ هذا إذا كان الشاهد شهدَ على إقرارِ مقرٍ بحقٍ ، أما إذا كان حضرَ عقداً ، جرى بين متعاقدين من بيعٍ أو ارتهان أو سَلَمٍ أو إجارةٍ أو نكاحٍ ، فليقل مؤدياً : حضرت مجلسَ (عقدِ)[6] البيعِ أو النكاحِ بينهما ، وهو كذا وكذا ، ويصفُه ، وأَشهدُ عليهما به ، ولا يقل : أشهدُ على إقرارهما بالعقد ، (إذ)[7] لم يكونا (أقرا)[8] عنده بالعقد بعد جريانه وحضورِه مجلسَه .

---

(١) العبارة في نسخة ف : ويؤدي عند الحاكم كذلك .

(٢) انظر نقل ابن السبكي في (طبقات الشافعية الكبرى : ٨ / ١١٦) ، وأنه يعتبر ذلك من المسائل الغريبة المنقولة عن المصنف .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أقل .

(٤) في نسخة ف : وقوة له .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فيما .

(٦) اللفظ من هامش الأصل .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إذا .

(٨) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إقراراً ، وهو تصحيف .

ولو شهد على إقرارهما بالبيع ، ولم يكونا (أقرا)[1] عنده بـه ، بعـد عقـده بمشهد منه ، لم تُسمع شهادتهُ قطعاً ، لأنّه إذا حضرَ الشاهدُ قولَ البـائع : بعتـك كـذا بكـذا ، فقـالَ المشتري : قبلتُ أو اشتريتُ ، فلفـظُ كلِ واحـدٍ منهما شـقٌ للبيـع ، وبقـولهما الـذي هـو عبـارةٌ عن إيجـابٍ وقبـولٍ التـأم العقـدُ ، ووُجِـدَ وحَصَـلَ ، فليس قـولُ كلِ واحـدٍ منهما (إقراراً)[2] ببيـع ، ولا مجمـوعُ قـولهما (إقراراً)[3] ببيع .

نعم ، إن كانَ الشاهدُ حضرَ العقدَ الجاري بينهما ، ثم بعـدَ ذلـك أقرا عنـده بجريان التبايعِ[4] منهما ، كانَ لـه [٦٨ / أ] أن يشهـدَ بجريـان العقـدِ بينهما ، ولـه أنْ يشهـدَ على إقرارهمـا بـالتبـايعِ الـذي جرى بينهما ، مـع استغنـائـه عن الشهادةِ (على)[5] الإقرار بمشاهـدتـه العقـدَ ، وحضورهِ مجلسـه ، فـإن الشهـادةَ بجريـانِ العقـد أقوى من الشهـادة على الإقرار ، فـإنَّ من أقرَ ببيع ، ثم قـال : أقررتُ بـه ، ولم يكن (قـد)[6] جرى مني ، لكني أقررتُ بـه ظـاهراً ، وطلبَ إحلافَ مُدعيه[7] على وقوعِه ، كان له ذلك على رأي ، ولا يأتي هذا في الشهادةِ على جريان صورة العقد .

[صيغة أداء الشهادة على العقد] :

٤١٦ / ٢ ـ عُـدْنـا إلى صيغـةِ أداءِ الشهـادةِ ممن حضر العقـد الجـاري بين متعاقدين ، فإذا انعقدَ نكاحٌ بحضورِ شاهدين ، قال الشاهدُ مُؤدياً شهادتَـه بعـد

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إقراراً ، وهو تصحيف .

(٢) (٣) في نسخة الأصل : إقرار ، وهو خطأ نحوي من الناسخ ، وكذا في نسخة ف .

(٤) في نسخة ف : البيع .

(٥) اللفظ من عندي ، وفي الأصل : عن ، والجملة كلها ساقطة من نسخة : ف .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٧) في نسخة ف : المدعي .

سبق الدعوى : حضرتُ العقد ، أو مجلسَ العقد الجاري بين المزوّجِ والزوجِ[1] المذكورين ، وأشهدُ به ، ومن الناسِ من يقولُ في شهادته : أشهدُ أنّي حضرتُ العقدَ ، واللفظ الأول أصوبُ ، ولا يبعدُ تصحيحُ اللفظِ الثاني ، وهو قريبٌ من الخلافِ في لفظِ شهادةِ المرضعة على الإرضاع فقط ، فإنَّ شهادَتَها تُقبلُ على فعلِ نفسها ، إذا لم تدَّعِ أجرةً ، قولاً واحداً ، مع اختلافِ أصحابنا في كيفية لفظها .

[صيغة شهادة المرضعة] :

٤١٧ ـ فالمذهبُ أنّها تقولُ : أشهدُ أني أرضعته ، أو أشهدُ أنّه ارتضع مني ، ولا فرقَ بينهما[2] .

وقال الفوراني : بل تقولُ : أشهدُ أنّه ارتضع مني ، ولا تَقُلْ : أشهدُ أنيّ أرضعتُه ، لفساد الصيغة .

[صيغة الشهادة على النكاح والهلال] :

٤١٨ ـ ونظيرهُ في النكاحِ أنْ يقولَ : إنَّ هذا العقدَ الجاري بين الولي المزوِّجِ وبين الزوجِ ، عُقِدَ بمشْهدي أو حضوري .

ومثلُ هذا شهادةُ المرء برؤيةِ الهلالِ ، فإنْ شهدَ أنَّ هذه الليلةَ أولُ ليلة من شهر رمضان ، أوْ أنَّ الغدَ أولُ يومٍ من شهرِ رمضان ، اكتفي به استنادا إلى رؤية الهلال .

وإنْ قالَ : أشهدُ أني رأيتُ (هلالَ شهرِ رمضانَ هذا)[3]، هذه السنةَ في

---

(١) في نسخة ف : والمزوج .

(٢) سبق بيان ذلك فقرة ١٤٤ صفحة ١٨١ ، وستأتي فقرة ٥٦٥ .

(٣) في نسخة الأصل تقديم وتأخير وهي : هلال هذا شهر رمضان ، وكذا في نسخة ف .

هذه الساعةِ ، أو وقتَ المغرب ، أو في هـذا النهـارِ ، ففيـه النظرُ (المتقـدمُ)[1] ذكره .

وإن قـالَ : رأيتُ هلالَ شهرِ رمضـانَ هـذا ، من هـذه السنـةِ ، في وقت كذا ، وبذلك أشهدُ ، قُبِلَ .

[تحمل الشهادة على مقر] :

٤١٩ ـ أمـا إذا سمعَ رجلٌ رجلاً يقولُ : لزيـدٍ عليَّ درهمٌ ، ولم يشهـدْه على نفسهِ ، فالمذهبُ أنَّ له أنْ يشهدَ بما سمعـه منـه ، وقـال أبو إسحـاق المروزي : لا يشهـدُ على المقِرِّ مـالم يُضفـه إلى سببٍ ، من إتـلافٍ أو ضمانٍ أو قرضٍ أو ثمنِ مبيعٍ أو غيرِ ذلك .

فإذا فرّعنا على المذهب ، فليقلْ في شهادتِه عند أدائها : أشهدُ أنَّ فلاناً أقرَ لزيد بكذا ، (ولا يقل)[2]: أشهدني على نفسهِ ، لأنّه يكونُ كاذباً ، وهكذا إذا أضـافـه إلى سببٍ ، [٦٨ / ب] فليقل : أشهـدُ أن فلانـاً أقرَ لزيـدٍ بـدرهمٍ من جهة كذا ، ولا يقلْ : أشهدني على نفسه .

وكذلك إذا قالَ مقرّ لشاهدٍ : اشْهَدْ عليّ لزيدٍ بدرهم ، فسمعـه شـاهـدٌ آخر يُشهدُ على نفسِه لذلك[3] الشاهدِ ، ولم يُشهد السامعَ على نفسِه ، فيجوزُ للشاهـدِ السامع الذي لم يُشهده على نفسه .

٤٢٠ ـ وأظنُ أن أبا إسحاق يوافقُ في هذه المسألة بخلاف المسـألـة الأولى ، والفرقُ بينهما ظـاهرٌ ، فليقل ، والحـالـةُ هـذه ، في الأداء : أشهـدُ أن فلانـاً أقر

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : المقدم .

(٢) العبارة من نسخة ف . وفي الأصل : ولا يقول .

(٣) في نسخة ف : ذلك ، وانظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٨ / ١١٦ ، حيث نقل هذه المسألة عن المصنف .

لزيدٍ بدرهم ، أو أشهد (أنه أشهدَ)[1] على نفسِه لزيد بدرهم ، ولا يقل : أشهدَني على نفسِه لـزيـدٍ بـدرهم ، لأنَّـه يكـونُ كاذباً ، وعلى العبـارةِ التي لم نستصـوبهـا ، وهي قـولُ الشـاهـدِ : أشهـدُ على إقرارِ فـلانٍ لفـلان بكـذا ، إنْ صحَّحها مصحِّحٌ[2] أغنتْ في هذه المسائلِ ، فإن قولَـه : أشهـدُ على إقرارِهِ بكـذا (يشملُ)[3] ما أشهدَه به على نفسه مخاطباً له ، وما لم يشهده بـه على نفسـه في الصورتين السابقتين ، ويصدق في قوله في الكلِّ : أشهدُ على إقراره بكذا .

[تحمل الشهادة على الحاكم] :

٤٢١ ـ أما إذا قـالَ الحـاكمُ في مجلسِ حكمه لرجلٍ : اشهـدْ عليَّ بكـذا ، ولم يُخاطبْ غيره ، فلمن سمعَه ، ممنْ لم يُخاطبه بالإشهادِ ، أن يَشهدَ عليه بما سمعـه عند حاكمٍ آخر[4] .

وكيفيةُ الأداء أن يقولَ : أشهدُ أنَّ الحاكمَ فلانـاً أشهـدَ على نفسـه في مجلس حكمه (رجلاً)[5] بكذا ، (ولا)[6] يقل : أشهدَني على نفسه بكذا .

[الشهادة على شاهد الأصل] :

٤٢٢ ـ وكذلك شاهدُ الأصل إذا قال لشـاهـدِ فرعٍ ، اشهـدْ على شهـادتي ، (أني)[7] أشهدُ بكذا ، فلشاهدِ الفرعِ عنـد الأداء أنْ يقولَ : أشهـدني فلانٌ على شهادته : أنه يشهدُ بكذا ، وله أن يقولَ : أشهدُ أن فلاناً أشهدَ على شهادته أنـه

---

(١) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) في نسخة ف : فصحح .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يشتمل .

(٤) في نسخة ف : الحاكم الآخر .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أو لا .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أو .

يشهدُ بكذا ، فلو أنَّ شاهدَ أصلٍ شهدَ عند حاكمٍ في مجلس حكمه على رجلٍ بحقٍ ، وأدّى شهادته (عليه)[1] بذلك الحقِ ، فلكل من سمعَه يُؤدي شهادتَه عند الحاكمِ بذلك ، أنْ يشهدَ على شهادتِه أنه يشهدُ بكذا ، لكنَّ صيغةَ شهادته أن يقولَ : أشهدُ أنَّ فلاناً يشهدُ على فلانٍ بكذا ، أو أشهدُ أنَّ فلاناً شهدَ عند الحاكمِ فلانٍ على فلانٍ المقِر بكذا ، ولا يقلْ : (اشهدني)[2] على شهادتِه ، خوفاً من الكذب ، وسنذكرُ هذا ، والمنقولَ فيه ، وما عندنا عليه من المسائلِ المتحملة في فصلِ الشهادة على الشهادة إن شاء الله تعالى[3].

[السؤال عن تفصيل الشهادة] :

٤٢٣ ـ ولهذا الفصلِ خاتمةٌ تجرى مجرى قاعدةٍ فيه ، وهو أنَّ من شهدَ عند الحاكم بحقٍ ، فسأله الحاكمُ عن مستندِ شهادته وكيفيتها ، وهل يعرفُ المشهودَ عليه عينا أو اسماً أو نسباً[4] ، أو يعرفُ مجموعَ ذلك ، إن كانَ الشاهدُ فقيهاً لم يلزمْه التفصيلُ ، [٦٩ / أ] ولا يُستحبُ للحاكم سؤالُه إذا علم عدالتَه وعلْمَه وتيقظه[5] ، وإنْ كان جاهلاً أو توَّهَم من الفقيه غفلةً ، دلتْ عليها قرينةُ حالٍ ، (أو ارتاب)[6] الحاكمُ في ذلك سأله ، ويجبُ على (الشاهد)[7] تفصيلَ ما سأله عنه ، فإنْ امتنعَ مع جهلِه توقفَ الحاكمُ في الإمضاء بشهادتِه ، فلو ماتَ الشاهدُ قبلَ التفصيل ، هل يتوقفُ ؟ فيه خلافٌ .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : علي .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وأشهدني .

(٣) فقرة ٤٣٤ وما بعدها .

(٤) في نسخة ف : عيناً واسماً ونسباً .

(٥) في نسخة ف : ويقظته .

(٦) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : وارتاب .

(٧) اللفظ من هامش الأصل .

[ذكر مستند الشهادة] :

٤٢٤ ـ ثم اعلم أن الشاهدَ لا يجوزُ له ذكرُ مستندِ شهادتِه من غير سؤالِ الحاكم واستفصالهِ منه ، فيما يكونُ مستندُ شهادته فيه الاستفاضةَ ، أو التصرفَ والبناءَ والتهديمَ[1] في الأملاكِ .

فإنْ ذكرَ المستنَدَ ، بأنْ قالَ : أشهدُ بالاستفاضةِ أنَّ هذه الدارَ ملكُ زيدٍ ، لم تُقبلْ شهادتُه على الأصح ، لأنَّ ذكرَ المستند يخرمُ الجزمَ بشهادته[2] .

وكذلك لو قالَ : أشهدُ أنَّ هذه الدارَ ملك زيدٍ ، لأني رأيتُه يتصرفُ فيها مدةً طويلةً بالبناء والتخريبِ والإسكانِ والإيجار بغيرِ مانعٍ ، مع شيوعِ ملكيتِه لها بين الناسِ ، فكلُّ هذا يبطلُ شهادتَهُ إذا ذكرهُ ؛ لأنَّ ذكرَه للمستندِ[3] يشعرُ بعدم جزْمِه بالشهادة ، إذ لو كانَ العلمُ أو غلبةُ الظنِ حصلَ عنده بالملك لزيدٍ بهذه الأسبابِ والمستنداتِ لجَزَم بالشهادةِ بالملك ، فشرطهُ أنّه[4] لا يشهدُ مالم يحصلْ له إما علمٌ أو غلبةُ ظنٍ ، مستندُه حصولُ هذه الأسباب عنده ومشاهدته[5] لها وسماعه وغيرُ ذلك ، فمتى حصلَ له ذلك أقدمَ على الشهادةِ باتاً جازماً بالملك .

وقد يحصلُ العلمُ للشاهدِ بقرائن لا يمكنُ التعبيرُ عنها باللفظ ، بأنَّ هذه الدارَ ملكُ زيدٍ ، ويجزمُ بذلك ، ولو أرادَ أن يعبّر عن القرائن التي حصل العلم

---

(١) في نسخة ف : والتهدم .

(٢) نقل ابن السبكي هذه المسألة عن المصنف ، ثم قال : وهذا خلاف غريب ، (طبقات الشافعية الكبرى : ٨ / ١١٦) وفصّل العلماء في هذه المسألة بين حالتين ، فإن صرح بذكر المستند على وجه الريبة والتردد فلا تقبل ، وإن ذكره للتقوية أو لحكاية الحال فتقبل ، ونقل العلماء كلام ابن أبي الدم رحمه الله السابق ، وقيدوه بماسبق . (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٩ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٠) .

(٣) في نسخة ف : لأن ذكر المستند .

(٤) في نسخة ف : أن .

(٥) في نسخة ف : عند مشاهدته .

له بذلك بها لم يجدْ إليه سبيلا[1].

[مستند الشهادة بالرضاع] :

٤٢٥ ـ وهذا كالشهادة في الرضاعِ ، فإنه إذا شاهدَ التقامَ الصغيرِ ثَدْيَ أمهِ ، وتجرُّعَه لِلبنها بِخفق أوْداجِه[2]، وَتحرّكِ حُنْجُرتهِ ، وحفّ ذلك قرائنُ ، قطع بها بوصولِ اللبن إلى جَوْفه ، فليشهدْ أنَّ بينهما رضاعاً مُحَرِّماً ، (ويذكر)[3] شروطَه من الوقتِ والعددِ ، وهل يشترطُ ذكرُ وصولِ اللبن إلى الجَوْف[4]؟ فيه خلافٌ .

فلو قال : أشهدُ أنَّ بينهما رضاعاً محرماً ، لأنني رأيتُ الصبيَّ قد التقمَ ثديَها وامتص لبنها ، لأني رأيتُ أوداجَه تخفقُ ، وحنجرته تتحركُ ، وكذا وكذا ، لم تسمعْ شهادته مع ذكر المستند على الأصح ، لما ذكرناه .

فمتى سأله الحاكمُ عن مستندِ شهادته بذلك وجب عليه التفصيلُ إذا كان جاهلاً .

٤٢٦ ـ ورأيت للهرويِّ شيئاً بِدعاً لم أرَه لغيره ، قال : إذا قال الشاهدُ : أشهد أنَّ هذه [٦٩ / ب] الدارَ في يد زيدٍ يتصرفُ فيها تصرفَ المالكين[5] في أملاكهم ، فيه خلاف ، منهم من قالَ : لا تسمع هذه الشهادة في ثبوتِ الملك ،

---

(١) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٩ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٠ ، الروضة : ١١ / ٢٧٠ وما بعدها ، حاشية الجمل على شرح المنهج : ٥ / ٣٩٨ .

(٢) جمع وَدَج بفتح الدال ، والكسرُ لغة ، والوَدَجان عرقان غليظان يكتنفان ثُغْرةَ النحر يميناً ويساراً ، وهو عرق الأخدع الذي يقطعه الذابح فلا تبقى معه حياة ، (المصباح المنير : ٣ / ٨٩٨) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أو يذكر .

(٤) في نسخة ف زيادة ، وهي : ليشهد بأن بينهما رضاعاً محرماً .

(٥) في نسخة ف : الملاك .

ومنهم من قال : تُسمعُ وتُقدَّمُ على بينةِ مدعيها الخارجي ، إذا شهدت له بالمِلك فقط ، قال : لأنّه قد تضمنت هذه الشهادةُ الشهادةَ لذي اليد باليد والملك .

وعندي أنَّ الأصح أنها لا تسمعُ في ثبوت الملك أصلاً[1].

[الشهادة بالاستحقاق] :

٤٢٧ ـ وقد شاعَ في لسانِ أئمة المذهب أنَّ الشاهدَ إذا شهدَ باستحقاق زيد على عمروٍ درهماً مثلاً ، هل تسمعُ هذه الشهادة فيه وجهان ، فالمشهورُ[2] فيما بينهم أنها لا تسمعُ ، وهذا لم أظفرْ به منقولاً مُصرَّحاً به هكذا .

[الشاهد لا يرتب الحكم على السبب] :

٤٢٨ ـ غيرَّ أنَّ الذي تلقيته من كلامِ المراوزةِ وفهمتُه من مدارجِ مُباحثاتهم[3] المذهبيةِ أنَّ الشاهدَ ليس له أنْ يرتبَ الأحكام على أسبابها ، بل وظيفتُه نقلُ ما سمعَه من إقرارٍ ، أو عقدِ تبايع ، أو غير ذلك من الأقوال الشرعية التي (تُرتب)[4] عليها الأحكامُ ، فينقل الشاهدُ ما سمعَه منها ، أو (ينقل)[5] ما شاهَدَه من الأفعال من (الغصوبِ)[6] والإتلافاتِ والقبوضِ والقتل وغير ذلك .

[الشاهد سفيرٌ للحاكم] :

٤٢٩ ـ فهو سفيرُ الحاكمِ فيما ينقله ، من قولٍ أو فعلٍ ، على ما رآهُ أو

---

(١) وقد تقدم الكلام على ذلك سابقاً في الصفحة ٣٦٤ وما بعدها .

(٢) في نسخة ف : المشهور .

(٣) في نسخة ف : مباحثهم .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يرتب .

(٥) اللفظ من عندي ، وفي الأصل ونسخة ف : نقلَ ، ولعلها معطوفة على : بل وظيفته نقل ... ونقل .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : المغصوب .

سمعَه ، ثم الحاكم ينظرُ فيما نَقَله الشاهدُ إليه ، فإنْ كانَ (سبباً)[1] صالحاً عندَه ، إما مُجْمَعاً عليه أو مجتهداً فيه ، ورآه مذهباً لـه ، رتَّبَ عليـه موجَبَـه ، وإن لم يَره سبباً صالحاً ، وهو مجْتَهدٌ (فيه)[2] ، لمْ يَعمل به .

[وظيفة الشاهد والحاكم] :

٤٣٠ ـ فإذن وظيفةُ الشاهد نقلُ مـاراَه أو سمعَـه ، ووظيفـةُ الحـاكم ترتيب المسبباتِ على أسبابها متى ساغَ ذلك شرعاً .

والسببُ في ذلك أنَّ الأسبابَ الملزِمَـةَ متنوعـةٌ متكثرةٌ مختلفٌ فيهـا ، فقـد يظنُ الشاهدُ شيئاً سبباً ، وليسَ هو (سبباً)[3] عند أحـدٍ من الأئمـةِ ، أو عنـدَ الحاكم فقط ، فكُلِّف[4] الشاهدُ نقلَ ما سمعـه أو رآه ، لينظرَ الحـاكم فيـه ، وسُـدَّ عليه بابُ الاجتهـاد ، وترتيبُ الأحكامِ على أسبـابهـا ، والحـاكم بعـد ذلـك يرى رأيه باجتهاده[5] فهو أهلٌ لِذلك .

والذي رأيتُه منقولاً في هذا أنَّ الماورديَّ قال في مسـألـةِ الرهن بـدين ، ثم جَعْلِ ذلك الرهنِ بعينه رهناً بدين آخر جديد ، ذكر في صحة الرهن بـالـدَّيْن الثاني قولين ، وهما مشهوران ، ثم قال : إذا أقر الراهنُ والمرتهنُ عنـد شـاهـدين أنَّ العبدَ رُهِنَ بألفين ، نظر : إنْ قيدا إقرارَهما بشرحِ الحال ، فعلى الشـاهـدين أنْ يُؤديا إلى الحاكمِ ما سمعاه من إقرارِهما مشروحاً ، ثم يعملُ الحـاكمُ بـاجتهـاده في المسألة .

فلو أرادَ الشاهدان أن لا يـذكرا شرحَ الإقرارِ ، بل يَشهـدا أنَّ العبـدَ رُهِنَ

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : شيئاً .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) اللفظ من عندي ، وفي الأصل ونسخة ف : سبب .

(٤) في نسخة ف : ويكلف .

(٥) في نسخة ف : واجتهاده .

بالألفين ، [٧٠ / أ] قال : فإنْ كانَ الشاهدان من غيرِ أهل الاجتهاد لَم يَجز ، ووجبَ عليهما شرحُ الإقرارِ ، ليكـونَ الحكمُ فيـه (مردودٌ)[١] إلى الحـاكمِ واجتهاده ، وإن كانَ الشاهـدان من أهل الاجتهـاد ، فهل يجوزُ لهما أنْ يجتهـدا في الإقرار ، ويُؤديـا الشهـادةَ عنـد الحـاكم على مـا يصحُ في اجتهـادهمـا ؟ فيـه وجهـان ، الأصحُ لا يجوزُ لهما ذلـك ، وعليهما نَقْـلُ الإقرارِ إلى الحـاكمِ مشروحـاً على صورتِه ، ولا يجوزُ لهما أنْ يجتهدا فيه ؛ لأنَّ الشاهدَ نـاقلٌ ، والاجتهـادُ إلى الحاكمِ ، وهكذا القولُ في كلِ (شهادةٍ)[٢] طريقُها الاجتهادُ .

هذا كلُّه إذا كانَ إقرارُ المتراهنين مقيداً .

أمّا إذا كانَ إقرارُهما مطلقاً ، بأنْ أقرا عندَهما أنَّ هـذا العبـد رهنٌ بـألفين مطلقـاً ، ولم يُقيـدا ، لكن عَلِمَ الشـاهـدان أنَّ الـذي وقعَ في البـاطن هو رهنُ العبد أولاً على دَيْن ، ثم رَهْنُه بعينه ثـانيـا على دَيْنٍ ثـانٍ جـديـدٍ ، فهل يجوزُ لهما ، ويجبُ عليهما أنْ يشهدا بالإقرارِ المُطلق ، وليس عليهما الإخبارُ بما علماه[٣] في البـاطن ؟ فيـه وجهـانِ ، أصحُها أنَّ عليهما أن يَشهـدا بـالإقرارِ المطلـق ، وعليهما أيضـاً أن يَشهـدا بمـا علمـاه في البـاطن ، لأنَّ الشـاهـدَ ينقلُ إلى الحـاكمِ ما علمه ، سواء كانَ إقراراً أو غيرَه .

وهكذا القولُ في كلِ ماعلمهُ الشاهدُ ، مَهْما تحمَلـه ، إلا أن يكونَ مـا علمَـه ينافي ما تحمَله ، أو يعتَقدُ أنه منافٍ لما تحمله ، فيلزمُه الإخبارُ بما علمه .

وهذا كلُّهُ مبنيٌ على الوجهين في اجتهادِ الشاهد .

---

(١) اللفظ من هامش الأصل .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الشهادة ، وهو خطأ .

(٣) في الأصل : (بما سمعاه وعلماه) مع شطب بـالخطوط المائلة على كلمـة سمعـاه ، والعبـارة في نسخـة ف : وعليهما أيضاً أن يشهدا بما علماه .

٤٣١ ـ هذا كلُّه كلامُ الماورديِّ[1] ، وهو في غايةِ الحسن ، ومُلخصُه أن الشاهدَ العامي لا يجوزُ له إطلاقُ الشهادةِ المقيدة باجتهاده ، إذْ ليسَ أهلاً لها ، وهل يجوزُ للشاهدِ المجتهدِ ؟ فيه خلافٌ فيما طريقهُ الاجتهاد .

ومفهومُ هذا أن السببَ إذا كان مُجمعاً عليه جازَ له أن يشهدَ بالاستحقاقِ ، كما لو سمعه يقرُ بألف من ثمن مبيعٍ ، هو ثوبٌ طاهرٌ ، أو عبدٌ أو فرسٌ ، أو رآه أتلفَ على رجلٍ درهماً أو ثوباً ، أو قتلَ له عبداً ، والمالكُ يقولُ للمتلف : لا تفعل ، فلستُ آذنَ لك في إتلافهِ ، أو ما ضاهى هذا ، فإذا شهدَ الشاهدُ ، والحالةُ هذه ، بالاستحقاق في مثلِ هذه الصورة ينبغي أن يُسمع ، في مفهوم كلام الماوردي .

٤٣٢ ـ **والذي أراه** أنه لا يُسمع هذا من الشاهدِ ، وعليه بيانُ السبب ، كيف كانَ سَداً لبابِ الاحتمال ، ونفياً للريب ، كما فعلنا ذلك في شهادةِ النفي (المحصور)[2] المضافِ إلى زمن محصورٍ مخصوصٍ ، فإن الشهادةَ مما ينبغي أن يُحتاط لها .

وعلى كلامِ الماورديِّ بحثٌ آخرُ فيما ذكره [٧٠ / ب] من المسألةِ الثانية ، وهو أنّه قالَ : إذا شهدا بالإقرارِ المطلق ، لكن علما أنَّ الباطنَ وقع بالرهنِ بدَيْنَيْن ، هل عليهما الإخبارُ بالباطنِ ؟ فيه وجهان ، وهذا فيه نظرٌ ، فإنْ علمَها بالباطن ، إن كان مُستندُه إقرارَ المتراهنين ، عادت المسألةُ الأولى ، وقد ذكرها ، وإنْ كان مستندُه حضورَ عقدي الرهن بالدَيْن الأولِ والثاني ، فهو من بابِ سماعِ اللفظِ ، وحكمُها حكم المسألة الأولى ، وليسَ للشاهدين طريقٌ في

---

(١) الحاوي : ١٣ ق ٤٩ / أ وما بعدها .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الحضور ، وهو تصحيف .

العلم بما جرى في الباطنِ غيرَ ذين الطريقين ، وقد تقدمَ ذكرُهما[1]، فلا معنى لتكرارِهما ، والله أعلم[2].

☆ ☆ ☆

---

(١) فقرة ٣٧٩ وما بعدها .

(٢) لا يصح حصر حصول العلم بهذين الطريقين فقط عن طريق المتعاقدين ، فقد يخبرهما من يثقان به بما جرى في الباطن ، ويحصل عندهما قناعة ويقين وعلم بذلك ، وتكون هذه المسألة مختلفة عن المسألة الأولى ، وأرى أن الحالة الثانية بحصول العلم بما جرى في الباطن ترجع إلى مستند الشاهد بالاستفاضة ، وعدد المخبرين ، والراجح فيها أنه يشترط العدد لحصول العلم ، وفي قول يكفي عدلان لحصول العلم والظن الغالب للشهادة ، وهذه المسألة كذلك ، فإذا أخبره جماعة أو عدلان ، وعلم بما جرى في الباطن ، فيجب عليه أن يشهد به ، وإلا شهد بما لا يعلم ، أو ببعض ما يعلم ، وأخفى بعضه الآخر .

الفصل الرابع[1]

في

الشهادةِ على الشهادة

٤٣٣ ـ والنظر في صفةِ التحملِ والأداء ، ثمّ في عـددِ شهودِ[2] الفرع ، ثم في شرطِ قبول شهـادتِهم والعملِ بهـا ، ثم فيما يطرأ على شهـودِ الأصـل بعـد تحمـل شهود الفرع الشهادة .

النظر الأول

في

صفة التحمل والأداء

[ما تقبل فيه الشهادة على الشهادة] :

٤٣٤ ـ ونقدمُ عليه أنَّ الشهادةَ على الشهـادة تُقبل فيما ليس[3] بعقوبـةٍ قولاً واحداً ، من الحقوقِ الماليةِ والوكالة والوصيةِ والنكاحِ والطلاقِ وغير ذلـك ، وفي العقوباتِ ثلاثةُ أقوال ، يُفرقُ في الثـالث بين القصـاصِ وحـدِ القـذف ، فتقبل فيهما ، وبينَ حد الزنا والخمر والسرقة وقطعِ الطريق (فلا)[4] تقبل فيهما[5] .

---

(١) في الأصل : الفصل الثالث ، وكذا في نسخة ف ، وهو خطأ ، لأن الفصل الثالث قد مضى صفحة ٣٨٣ .

(٢) في الأصل : من شهود ، فلفظ من زائد في الأصل ، وليست موجودة في نسخة ف .

(٣) في نسخة ف : في كل ما ليس .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ولا

(٥) الراجح هو القول الثالث ، فتقبل الشهادة على الشهادة في القصاص وحد القذف ، ولا تقبل في العقوبة لله =

[صور التحمل] :

إذا ثبتَ هذا فصفةُ التحمل المتفقِ عليه عندنا صورٌ :

٤٣٥ ـ **الصورة الأولى** : أنْ يقولَ شاهدُ الأصلِ لشاهدِ الفرعِ : اشهدْ على شهادتي ، وعن شهادتي ، أني أشهد بكذا ، أو أعرفُ فلاناً بعينه (واسمه ونسبه)[١] ، وأشهدني على نفسه لزيدٍ بدرهم ، وأنا أشهدُ عليه بذلك ، فاشهدْ على شهادتي ، وعن شهادتي ، أني أشهد عليه بذلك .

فهذا تحملٌ متفق عليه ، وقوله : وعن شهادتي ، ذكره الماورديُّ[٢] والقاضي أبو الطيب في « كتابيهما » ، ثم الشيخُ أبو نصر من بعدِهما ، وقالوا : لو قال له : اشهدْ على شهادتي ، ولم يقلْ وعن شهادتي ، هل يصحُ التحملُ ؟ فيه وجهان ، وجهُ المنعِ أنَّ قولَه : على شهادتي ، إذنٌ في التحمل ، وقوله : وعن شهادتي ، إذن في الأداء ، فلا بدَّ منهما[٣] .

[الاسترعاء] :

٤٣٦ ـ وقوله : اشهد على شهادتي (أني)[٤] أشهدُ بكذا ، هو الذي سماهُ الفقهاء الاسترعاء ، ومعناهُ : أقبل على رعايةِ شهادتي وتحملِها .

تعالى ، والقولان الآخران بالجواز بالكل أو المنع في الكل ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٢ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٤ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٣١ ، جواهر العقود : ٢ / ٤٤٤ ، مختصر المزني ٥ / ٢٥٨ ، المهذب : ٢ / ٣٣٨ ، الروضة : ١١ / ٢٨٩) .

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : ونسبه واسمه .

(٢) الحاوي ، له : ١٣ ق ٢٢ / أ .

(٣) الراجح الجواز كما نقل الخطيب الشربيني عن أصل الروضة ، ولا يشترط أن يقول في الاسترعاء : أشهدك على شهادتي وعن شهادتي ، ولكنه أتم ، فقوله : أشهدك على شهادتي ، تحميل ، وقوله : وعن شهادتي ، إذن في الأداء ، كأنه قال : أدّها عني ، واقتصر النووي عليه بقوله : أنا شاهد بكذا ، وأشهدك أو اشهد على شهادتي ، وقال في « الروضة » : ولا يشترط أن يقول في الاسترعاء : أشهدك على شهادتي ، وعن شهادتي ، لكنه أتمّ » . (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٣ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٥ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٣١ ، الروضة : ١١ / ٢٨٩ ، ٢٩٠) .

(٤) اللفظ من نسخه ف ، وفي الأصل : أي .

٤٣٧ ـ **الصورة الثانية** : أن يسمعَ رجلٌ رجلاً يشهدُ عند الحاكمِ بحقٍ ، في مجلس حكمه ، شهادةً صحيحةً ، (فإن)[١] لم يقضِ الحاكمُ بها ، فللسامع أن يتحملَ الشهادةَ التي أدّاها على شهادته قولاً واحداً[٢] ، وإن لم (يقل)[٣] له مخاطباً : اشهد على شهادتي[٤] .

٤٣٨ ـ **الصورةُ** [٧١ / أ] **الثالثة** : أنْ يقولَ رجلٌ لرجلٍ يخاطبه : اشهد على شهادتي ، أنّي أشهدُ بكذا ، (فإذا)[٥] سمعه رجلٌ ، (ولم)[٦] يخاطبْه بشيءٍ ، جاز للسامعِ الغيرِ مخاطَبٍ أنْ يتحملَ الشهادةَ عنه على شهادتِه ، قولاً واحداً[٧] .

أما المختلَف فيه عندنا فصورتان :

٤٣٩ ـ **الأولى** : إذا سمعَ رجلٌ رجلاً يقولُ : أشهدُ أن لفلان على فلان درهما ، من ثمن مبيعٍ أو أجرة أو قرض ، أو أشهدُ على إقرارِه له بدرهمٍ من جهة كذا ، ويبينُ السبَبَ والجهةَ ، ولم يقل للسامعِ : اشهدْ على شهادتي ، ولا استرعاه ، قال القاضي أبو الطيب والشيخُ أبو علي والشيخان أبو إسحاق وأبو نصر في كتبهم[٨] : يصح التحملُ ، ولم يحكِ أحدٌ منهم فيه خلافاً .

وقال الماوردي : يصحُ التحملُ على الأصح ، وفيه وجهٌ أنه لا يصح[٩] .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وإن .

(٢) الواقع أن هذه الصورة فيها وجه آخر بعدم الكفاية ذكره الخطيب الشربيني مستدركا به على النووي ، انظر : مغني المحتاج / ٤ : ٤٥٣ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يك .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٠ .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وإذا .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لم .

(٧) انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٣ / ٦٢ .

(٨) المهذب ، للشيرازي : ٢ / ٣٣٩ ، وانظر : الروضة : ١١ / ٢٩٠ .

(٩) وهو ما ذكره المحققون في المذهب ، قال النووي رحمه الله بعد أن ذكر هذه الصورة وأقرها ، قال : وفي هذا =

وقال الإمام : اختلفَ فيه أصحابنا ، فذهبَ الأكثرون إلى المنعِ ، وهو الأظهر .

وقال البغويُّ : إذا قال : أشهدُ أنَّ لفلان على فلان درهماً ، من ثمن مبيع أو قرض أو أجرة ، وذكرَ السبَبَ ، فلا بدَّ أنْ يقولَ لشاهدِ الفرع : اشهدْ على شهادتي أنّي أشهدُ بذلك ، فإنْ لم يقل له ذلك لا يصحُ التحملُ على شهادته .

٤٤٠ ـ **الصورة الثانية** : ذكرَها الإمام ، إذا قالَ : أشهدُ أن لفلانٍ على فلان درهما ، وهذه شهادةٌ عندي مبتوتةٌ ، لا أَتمارَى فيها ، ولم يذكر السبب ، ولا قال له : اشهدْ على شهادتي ، هل يصحُ التحمل بمجردِ ذلك ؟ فيه وجهان ، يقربان من الوجهين في ما إذا ذكرَ سببَ الدَيْن[1] .

٤٤١ ـ أما المتفقُ عليه أنه لا يَصحُ التحمل[2] ، فصورة واحدة ، (وهي)[3] ما إذا قال في الطريق : أشهدُ على زيدٍ لعمرو بدرهم ، أو أشهدُ أنَّ لزيدٍ على عمروٍ درهماً ، ولم يُضفْه إلى سببٍ ولا جهة ، ولا قالَ : اشهدْ على شهادتي ، ولا قالَ : هذه شهادةٌ مبتوتةٌ لا أَتمارَى فيها ، فلا يصحُ التحملُ بمجردِ ذلك قولاً واحداً لا خلافَ فيه[4] .

[كيفية الأداء] :

٤٤٢ ـ أما كيفية الأداء ، فإنْ كانَ أشهدَه على شهادته مخاطباً له ، قال :

= وجه ، أي بالمنع ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٣ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٥ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٣١ ، الحاوي ، للماوردي : ١٣ ق ٢٢ / أ ، الروضة : ١١ / ٢٩٠) .

(١) انظر الروضة : ١١ / ٢٩٠ .

(٢) العبارة في نسخة ف : أما المتفق على أنه لا يصح العمل .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وهو .

(٤) مختصر المزني : ٥ / ٢٥٨ ، المهذب : ٢ / ٣٣٩ ، الروضة : ١١ / ٢٨٩ .

أشهدني فلانُ بن فلان بن فلان ، وأنا عارفٌ به عيناً واسماً ونسباً ، على شهادته وعنْ شهادتِه ، أنه يَشهدُ بكذا ، بتاريخ كذا[1] .

قال القاضي أبو الطيب : ومِنْ أصحابنا مَنْ قال : ويقولُ : وهو بالغٌ جائزُ الشهادةِ ، يعني شاهدَ الأصل .

وإنْ كانَ تحمّل الشهادةَ عنه لسماعه أداءَها[2] عند الحاكم : قال : أشهدُ أنَّ فلاناً شهدَ عند الحاكمِ فلانٍ على فلانٍ لفلانٍ بكذا في مجلسِ حكمِه بتاريخ كذا ، أو أشهدُ أنَّ فلاناً يشهدُ على فلانٍ بكذا .

قال القاضي حسين : ولو قالَ : أشهد على شهادةِ فلان ، كفى [٧١ / ب] هذا القدرُ ، ولا يَقُلْ شاهدُ الفرع عند أدائِه الشهادةَ في هذه الصورة الثانية : أُشهدني فلانٌ على شهادته

وكذلك إذا تحملَ الشهادةَ عنه ، لأنه سمعَه يُشهد على شهادته رجلاً يخاطبه ، فليقلْ : أشهد أنَّ فلاناً يَشهد بكذا ، أو أُشهد (أنَّ فلاناً أَشهدَ)[3] على شهادتِه (فلاناً)[4] ، أنه يشهد بكذا ، أو أَشهدُ على شهادته أنه يشهدُ بكذا ، ولا يَقُلْ : أَشهدَني على شهادته ، لأنَّه يكونُ كاذباً ، وكذلك في بقيةِ الصُور المختلَفِ فيها ، يُؤدي شاهد الفرع شهادتَه على شهادةِ شاهدِ الأصلِ بما سمع ، وكما سَمِعَ ، ولا يَقُلْ : أُشهدني على شهادتِه ، إذ لم يُشهده على شهادته .

---

(١) انظر الروضة : ١١ / ٢٩١ .

(٢) في نسخة ف : بسماعه وأدائها .

(٣) ما بين القوسين من هامش الأصل .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، مع تقديم وتأخير في الألفاظ والمسائل ، وفي الأصل : فلان .

النظر الثاني

في

عددِ شهود الفرع

٤٤٣ ـ (لا تثبتُ)[١] شهادةُ شاهدِ الأصل بأقلَ من شهادةِ شاهديْ فرعٍ ، هذا لا نعرف فيه خلافاً في مذهبنا[٢] ، إلا قولاً قديماً حكاه الشيخ أبو محمد الجويني في كتابه المسمى « بالسلسلة »[٣] أنه قولٌ قديمٌ للشافعي : أنه تثبت شهادة شاهدِ الأصل بشهادة شاهدِ فرعٍ واحدٍ كالخبر ، ولم نرَ هذا حكاه أحدٌ سواه[٤] ، فلا يعتدُّ به ، وهو مرجوعٌ عنه قطعاً إنْ صحَّ نقلُه .

فلو شهد شاهدا فرعٍ على شاهد أصلٍ ، وهما بأعيانهما شهدا على شهادةِ[٥] أصلٍ آخر ، هل تثبت شهادة شاهدي الأصل بشهادةِ الفرعين فقط ؟ فيه قولان .

قال الماوردي : أحدُهما يجوز[٦] ، وهو قول مالك[٧] وأبي حنيفةَ[٨] وأكثرِ

---

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : ولا تثبت .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٣ .

(٣) تقدمت ترجمته في صفحة ٧٨ .

(٤) العبارة في نسخة ف : أنه تثبت شهادة شاهد الأصل بشاهد فرع واحد كالخبر ، ولم أرَ أحداً نقله سواه .

(٥) في نسخة ف : شاهد .

(٦) وهذا ما رجحه النووي رحمه الله تعالى ، وقال : وتكفي شهادة اثنين على الشاهدين ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٥ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٦ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٣٢ ، المهذب : ٢ / ٣٣٨ ، الأم : ٦ / ٢٤٤ ، الروضة : ١١ / ٢٩٣) .

(٧) انظر قول الإمام مالك في كتب المالكية ، وهي : (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٤ / ٢٠٥ ، بلغة السالك لأقرب المسالك : ٢ : ٣٤١) ، والمشهور عند المالكية أنه يكفي شاهدان ينقلان عن شاهد أصل ثم ينقلان عن الشاهد الثاني ، وقيل : لا بد من آخرين ، (تبصرة الحكام : ١ / ٣٥٦) .

(٨) قال الحصكفي في الدر المختار : لا تغاير فرعي هذا وذلك خلافا للشافعي ، وعلق ابن عابدين : بل =

فقهاء الحجاز والعراق ، والثاني : لا يجوزُ وهو قولُ المزني[1] .

[ثبوت الحق بشهادة الأصل أم بشهادة الفرع ؟] :

٤٤٤ ـ قال : وهذان القولان محمولان على أصلٍ ، وهو أن ثبوتَ الحقِ ، هل يكونُ بشهودِ الأصلِ أو بشهود الفرع ؟ فيه قولان ، أحدُهما : يثبتُ بشهودِ الأصلِ ، ويتحملُ عنهم شهودُ الفرع ، فعلى هذا تصحُ شهادةُ شاهدي الفرعِ على شهادةِ كلِ واحدٍ من الأصلين . والثاني : أنَّ الحقَ يثبتُ بشهودِ الفرع ، فعلى هذا لا يصحُ .

قال : وَوَهَمَ أبو حامد الإسفراييني ، فعكسَ هذا البناءَ ، فقال[2] : إنْ قلنا : إنَّ الحقَ يثبتُ بشهود الأصلِ لم يصح ، وإنْ قلنا : يثبت بشهودِ الفرع صح .

قال الماورديُّ : وهذا عكسُ الصوابِ ، لأنَّ الحقَ إذا ثبتَ بشهودِ الأصلِ فهو تحملٌ لحقٍ واحدٍ ، يجوزُ ثبوتُه بشاهدين ، وإذا قلنا : يثبتُ بشهودِ الفرع فهو تحملُ شهادةٍ على شاهدين ، فلم يَجزْ أن يتحملاها عنهما ، لأنهما يصيران فيها كأحد الشاهدين ، فهذا ما ذكره الماوردي[3] .

وأما القاضي أبو الطيب ، فإنه ذكرَ القولين ، ولم يُجز[4] شيئاً ، ولا ذكر

= يكفي شاهدان ، (رد المحتار : ٥ / ٥٠٠) ، وقال منلا خسرو في (درر الحكام : ٢ / ٣٨٩) : وبشرط شهادة عدد عن كل أصل ، وإن لم يتغاير فرعاها ، (وانظر : حاشية قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار : ٧ / ٢٢٧ ، مختصر الطحاوي : ٣٤٩ ، فتح القدير والعناية : ٦ / ٧٥ ، لسان الحكام : ٤٨ ، معين الحكام : ١١٠ ، ملتقى الأبحر : ٢٤٢) .

(١) مختصر المزني : ٥ / ٢٥٩ ، لأنهما قاما في التحمل مقام شاهد واحد في حق واحد ، فإذا شهدا فيه على الشاهد الآخر صار كالشاهد إذا شهد بالحق مرتين ، وهو قول البغوي والسرخسي ، (انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٣ ، المهذب : ٢ / ٣٣٨ ، الأم : ٦ / ٢٤٤ ، الحاوي ، الماوردي : ١٣ ق ٢٥ / أ) .

(٢) في نسخة ف : وقال .

(٣) الحاوي ، له : ١٣ ق ٢٥ / أ .

(٤) اللفظ في نسخة ف : يختر .

الخلافَ في أنَّ الحق [٧٢ / أ] بشهادةِ منْ يثبتُ ؟ والشيخُ أبو نصر ذكر القولين ، (والمسألةَ المبنيَّ عليها القولان ، فقال : بعد ذكرِ القولين)[1] : ذكر (الشيخُ)[2] أبو حامد أن أصلَ هذين القولين أنَّ شاهدي الفرعِ هل يقومانِ مقامَ شاهدي الأصل ، أو يُثبتان الحقَ بشهادتها ؟ فيه (قولان)[3] .

وأما الشيخُ أبو إسحاق فذكر القولين في أصل المسألة ، ولم يُجز[4] شيئاً[5] .

وأما الشيخُ أبو علي ، فإنَّه ذكرَ مسألة القولين ، والمسألةَ المبني عليها القولان ، فقالَ بعد ذكر القولين : أصلُها[6] أنَّ شهودَ الفرعِ يقومون مقامَ شهودِ الأصلِ ، والحقُّ يَثبتُ بشهادتهم كما يثبتُ بشهادةِ الأصولِ ، أو أنَّ شهودَ الفرع يُثبتونَ شهادةَ الأصولِ ، ثم بشهادةِ الأصول يَثبتُ الحقُ ، فيه قولان ، إنْ قلنا : يَثبتُ الحقُ بشهادةِ الفروع ، فلا بدَّ من أنْ يكونوا أربعةً ، وإنْ قلنا : بثبوتِ شهادةِ الأصلين بشهادتهم ، فيجوزُ أنْ تثبتَ شهادةُ الأصلين بشهادةِ فرعين .

٤٤٥ ـ **قلت أنا :** (فما)[7] ذكره الشيخُ أبو علي في التفريع غيرَ ما ذكرَه الشيخُ أبو حامد الإسفراييني ، وحكاه عنه الماورديُّ فيه ، والذي اختاره الماورديُّ عندي أقربُ إلى الصواب .

---

(١) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : قولا ، بحذف النون ، ولعلها سقطت بالكتابة .

(٤) في نسخة ف : يختر .

(٥) المهذب : ٢ / ٣٣٨ .

(٦) في نسخة ف : وأصلها .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : مما .

أما الإمام فإنه قال في مسألةِ شهادة الفرعين على كل واحدٍ من الأصلين : فيهما قولان ، الأقيسُ أنه يثبتُ ، هذا كلامه .

وذكر القاضي حسين في « التعليق » ، وغلامُه البغوي[1] في « التهذيبِ » القولين في هذه المسألة ، وقالا : الأصحُ لا يثبت .

٤٤٦ ـ **قلت** : وعملُ الحكام في شامنا[2] على أنه يثبتُ التفريعُ ، إنْ قلنا : يثبتُ ، فلا كلام ، وإن قلنا : لا يثبتُ ، فلو شهدَ أربعةُ فروعٍ على شهادةِ شاهدِ أصلٍ وشهدوا بأعيانهم على الأصل الآخر فوجهان ، وأولى بالثبوت[3] .

هذا كله فيما إذا شهدَ شاهدان أو أربعةٌ على أصلٍ ، ثم شهدوا بأعيانهم على ذلك الأصل .

٤٤٧ ـ أما إذا شهدَ شاهدان على أصلٍ ، وشهد آخران على أصلٍ آخر ، فلا خلافَ في ثبوت شهادةِ الأصلين في ما عدا الزنا[4] .

٤٤٨ ـ ولو شهدَ ثلاثةٌ على أصلٍ ، وشهدَ واحدٌ آخرُ على أصلٍ آخرَ لم يثبت قولاً واحداً .

٤٤٩ ـ ولو شهدَ شاهدان على أصلٍ ، وشهدَ هذا الأصلُ مع شاهدِ فرعٍ ثالثٍ على أصلٍ آخرَ ، لم يثبت أيضاً قولاً واحداً ، (اتفق)[5] الجماعة عليه .

---

(١) البغوي تلميذ القاضي الحسين ، وأخذ عنه كثيراً ، والمصنف يقصد بغلامه تلميذه ، وفي نسخة ف : وتلميذه .

(٢) في نسخة ف : الشام .

(٣) قال النووي رحمه الله تعالى : « جاز على الصحيح » . (الروضة : ١١ / ٢٩٣) .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٣ .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : اتفقوا ، وجاء لفظ الجماعة بخط رفيع مرتفع بين الكلمتين .

٤٥٠ ـ ولو كان الحقُ يثبتُ بشاهدٍ وامرأتين ، فعلى أحد القولين : يُكتفى بشاهدين يشهدان على الرجلِ ، ثم يَشهدان بأعيانهما على كلِ امرأةٍ منهما ، وعلى القولِ الآخر : لا بدَّ من ستةِ فروعٍ ، لكل شخصٍ فرعان ، حتى على هذا القول الآخر : لو شهدَ [٧٢ / ب] شاهدان على الرجل ، وشاهدان غيرُهما على كل امرأةٍ (منهما)[١] لم يثبت[٢] .

٤٥١ ـ (ولو)[٣] كانَ الحقُ يثبتُ بأربعٍ من النسوة منفرداتٍ ، كالإرضاعِ والولادةِ ، فعلى قولٍ يكفي شاهدا فرع ، (يشهدان)[٤] على كلِ امرأةٍ ، وعلى القول الآخر لا بدَّ من ثمانية فروع ، كلُ فرعين يَشهدان على امرأةٍ منفردةٍ[٥] .

٤٥٢ ـ وإنْ كانَ الحقُ لا يثبتُ إلا بأربعةِ شهودٍ ذكورٍ كالزنا ، وقلنا : إنَّ الزنا يثبتُ بالشهادة على الشهادةِ ، وإنَّ الإقرار بالزنا لا يثبت إلا بأربعة شهودٍ ، فعلى قولٍ : يكفي شاهدان ، يشهدان على كل شاهدِ أصلٍ ، وعلى قولٍ : لا بدَّ من ثمانية ، يشهدُ كلُ شاهدين على شاهدِ أصلٍ ، وعلى قولٍ : لا بدَّ من ستة عشر فرعاً ، كلُ أربعةٍ على شهادة واحدٍ ، وعلى قولٍ : لا بدَّ من أربعةِ فروعٍ ، يشهدُ كل (واحد)[٦] منهم على كلِ واحدٍ من الأصول[٧] .

وسببُ هذا الاختلافِ تشبيهُ شهادةِ الأصل بالإقرار بالزنا ، لأنه إثباتُ قولٍ كهذا ، فكما أنَّ الإقرارَ بالزنا لا يثبتُ إلا بأربعة شهود على قول ، فكذا

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٤ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فلو .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فيشهدان .

(٥) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٤ .

(٦) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٧) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٤ .

الشهادةَ على الشهادةِ بالإقرار بالزنا لا تثبتُ إلا بأربعةِ شهودِ فرعٍ على شاهدِ الأصلِ ، الشاهدِ بالإقرار بالزنا .

[الإشهاد على شهادة الفرع] :

٤٥٣ ـ وعلى هذا إذا أرادَ شهودُ الفرعِ في المالِ أن يُشهدوا على شهادتهم ، كم يشترطُ من العدد ؟

إنْ قلنا في شهادة الفروع على الأصول[1] : يُكتفى باثنين للجانبين معاً ، فيُكتفى باثنين يَشهدان على كل واحدٍ من الفروع ، ويكفي على هذا ، لو أرادَ فروعُ الفروع أنْ يُشهدوا على شهادتهم ، اثنان .

وإنْ قلنا : إنه لا بدّ من أربعةِ فروع ، وإنَّ من قامَ بإحدى شَطْرَيْ الشهادة لا يقومُ بالثاني ، فلا بدَّ من ثمانيةِ فروع ، ليكونَ عن كل واحد من الفروع الأربعة فرعان .

ولو أرادَ فروعُ الفروع الإشهادَ على شهادتهم فيُحتاجُ إلى ستة عشر فرعاً ، وعلى هذا القياس أبداً[2] .



(١) العبارة في نسخة ف : إن قلنا : إن في شهادة الفرع على الأصل .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٤ .

النظر الثالث[1]

في

شرط قبول شهادة الفروع والعمل بها[2]

٤٥٤ ـ ولا تُقبلُ شهادةَ الفروعِ ، (ولا تُسمعُ)[3]، إلا بشروطٍ متفقٍ عليها ، ومختلفٍ فيها :

٤٥٥ ـ **الشرط الأول :** في ثبوتِ عدالةِ شاهدِ الأصل وشاهدِ الفرعِ عند الحاكم[4]. فإن كانَ شاهدُ الفرعِ مزكى[5] عند الحاكم ، وشاهدُ الأصل لا يعرفُه القاضي بالعدالةِ ، فتُسمعُ عندنا شهادةُ شاهدِ الفرع من غير اشتراطِ تزكيتهِ لأصله[6]، خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه ، فإنه قال : لا تُسمعُ شهادةُ شاهدِ الفرع على شهادةِ شاهد أصلٍ حتى يزكيه هذا الفرعُ في شهادته[7].

---

(١) في الأصل : النظر الثاني ، وهو خطأ ، وفي نسخة ف : الثاني .

(٢) في نسخة ف : في شرط قبول الشهادة من الفروع والعمل فيها .

(٣) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : وتسمع .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٢ .

(٥) في الأصل ونسخة ف : مزكَيا ، وهو خطأ نحوي ، لأن الياء إذا تحركت وفتح ما قبلها قلبت ألفاً ، مثل : قال وباع وحوى ونوى .

(٦) قال المزني : وإن شهدا على شهادة رجل ، ولم يعدلاه ، قبلها ، وسأل عنه ، فإن عدل قضى به ، (مختصر المزني : ٥ / ٢٥٨) ، وانظر : المهذب : ٢ / ٣٣٩ ، وفي نسخة ف : من غير اشتراط تزكية الأصل .

(٧) هذا رأي الإمام محمد صاحب أبي حنيفة رحمها الله تعالى ، فإنه قال : لا تقبل ، لأنه لا شهادة إلا بالعدالة ، أما رأي الإمام أبي يوسف ، وهو المختار في المذهب الحنفي ، أن شهادة الفرع تقبل وإن لم تعدل شهادة الأصل ، ولزم القاضي تعديل الكل ، (انظر : رد المحتار : ٥ / ٥٠١ ، حاشية قرة عيون الأخيار : ٧ / ٢٣٠) ، وقال منلا خسرو : وإن سكت الفرع عن تعديل الأصل صح نقلها ، وعدلوا ، (درر الحكام : ٢ / ٣٩٠ ، الهداية وفتح القدير والعناية : ٦ / ٨٠) .

وحكاه البغويُّ وجهاً لبعض أصحابنا ، وزادَ أمراً بدَعاً ، فقال ما صورةُ لفظِه : فإنْ أنتم [٧٣ / أ] قد جوّزْتم تعديلَ شاهدِ الفرعِ لشاهدِ الأصل ، وقد قلتم : لو شهدَ شاهدان بحقٍ ، فزكى أحدُهما (الآخر)[١] ، وكان مُزكِياً للأصل الآخرِ مع مزكٍ آخر ، قلتم : لا يجوزُ ، فما الفرقُ ؟ قلنا : قد قيلَ : فيهما وجهان ، والصحيحُ هو الفرقُ بينهما ، هذا كلامُه .

فحصل من هذا ذكرُ وجهٍ في أنَّ شاهدَ الفرع ، (إذا)[٢] زكى أصلَه لا يُسمعُ ، فهو على النقيضِ من مذهب أبي حنيفة[٣] ، والوجهُ الموافقُ له ، ومذهبُ مالكٍ أنه لا يُسمعُ تعديلُ الفرع (لأصلِه)[٤] للتهمةِ[٥] ، فلعلَّ هذا الوجه مأخوذٌ من مذهبه .

وحكى البغويُّ أنَّ شاهدَ الفرع إذا زكّى أصلَه ، وسمعنا تزكيتَه ، (صحَّ)[٦] ذلكَ ولم يُحتج لإعادةِ التزكية على ظاهرِ المذهب[٧] .

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إذ لو .

(٣) مذهب الحنفية بجواز تعديل شهود الفرع لشهود الأصل ، قال المرغيناني في الهداية : فإن عدل شهودَ الأصل شهودُ الفرع جاز ، لأنهم من أهل التزكية ، (فتح القدير والعناية على الهداية : ٦ / ٧٩ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥ / ٥٠١ ، قرة عيون الأخيار : ٧ / ٢٣٠ ، درر الحكام : ٢ / ٣٨٩) ، والوجه الذي حكاه البغوي يناقض قول الإمام محمد الذي اشترط تعديل الفرع لأصله كما حققناه في الصفحة السابقة .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أصله .

(٥) قال ابن فرحون في (تبصرة الحكام : ١ / ٣٥٥) : وليس على شهود النقل تزكية شهود الأصل ، لكن إن زكوهم صحت ، وقال الدردير في « الشرح الكبير على مختصر خليل » : وجاز تزكية ناقل أصله الذي نقل عنه ، بخلاف العكس ، وهو تزكية الأصل للناقل عنه لقوة التهمة ، (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٤ / ٢٠٦ ، بلغة السالك لأقرب المسالك : ٢ / ٣٤١) .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وصح ، فالواو زائدة .

(٧) ولا يشترط عند الشافعية أن يزكي الفروع الأصول ، بل لهم إطلاق الشهادة ، والقاضي يبحث عن عدالة الأصول ، ولا يلزم الفرع أن يتعرض في شهادته لصدق أصله ، لأنه لا يعرفه ، فإن زكوهم قُبل ذلك منهم ، (انظر : المهذب : ٢ / ٣٣٩ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٦ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٧ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٣٢ ، الروضة : ١١ / ٢٩٥) .

وهذا الوجهُ المناقضُ لمذهبِ أبي حنيفة لم يحكِه القاضي حسين في « تعليقه » ، لكنّه ذكرَ مسألتين غريبتين :

إحداهما : أنَّ شاهدَ الأصلِ إذا زكى شاهدَ الأصلِ الآخرِ مع مزكٍ آخر ، هل يسمعُ ؟ فيه وجهان[١] ، وهذه المسألةُ ذكرها كذلك الشيخُ أبو علي في « الشرح الكبير » .

والمسألة الثانية : أن الأبَ وابنه إذا شهدا بحقٍ تُقبل ، وخَرَّجَ القفالُ فيها وجهاً من مسألةِ تزكية أحدِ الأصلين صاحبَه أنه لا يُقبل ، فجعلَ في المسألةِ[٢] قولين بالنقل والتخريج ، وهذه المسألةُ الأخيرة من أغربِ المسائلِ وأبعدها خلافاً .

٤٥٦ ـ الشرط الثاني : (في)[٣] تسميةِ شاهدِ الفرع شاهدَ الأصل ، فإنْ لم يُسمّه ، بل قال : أشهدني رجلٌ عَدْلٌ على شهادته ، أنه يَشهد بكذا ، لم يُسمع قولاً واحداً[٤] ، بخلاف ما لو قال : أشهدني قاضٍ من قضاة بغداد ، أو أشهدني القاضي ببغداد ، ولم يُسمّه ـ وفرضنا أنه ليس بها قاضٍ سواه ـ على نفسه في مجلس حكمه بكذا ، هل يُسمعُ ؟ فيه وجهان سنذكرهما في كتاب القاضي إن شاء الله تعالى[٥] .

---

(١) الراجح عند الشافعية أنه إذا شهد اثنان في واقعة ، وزكى أحدهما الآخر ، فإنه لا تثبت عدالة الثاني ، والفرق بينه وبين جواز تزكية الفرع لأصله أن تزكية الفرع للأصل من تتمة شهادته ، ولذلك شرط بعضهم التعرض لها ، وهناك قام الشاهد المزكي بأحد شطري الشهادة فلا يصح قيامه بالشطر الثاني ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٦ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٧ ، حاشية قليوبي : ٤ / ٣٣ ، الروضة : ١١ / ٢٩٥) .

(٢) في الأصل : المسألتين ، ثم وضع خط على الياء والنون ، وفي نسخة ف : المسلمين .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٤) المراجع السابقة ، المهذب : ٢ / ٣٣٩ .

(٥) فقرة ٥٣٧ وما بعدها .

والفرقُ هو أنَّ الحاكمَ عَدْلٌ بالنسبة إلى كل أحدٍ بخلافِ شاهد الأصل ، فإنه قد يكونُ عند شاهدِ الفرع عَدْلاً ، والحاكمُ يعرفُه بالفسقِ ، فلا بدَّ من تعيينه له لينظرَ في أمرِه وعدالته .

٤٥٧ ـ **الشرط الثالث** : [في][1] الغيبةِ في حقِّ القادر ، أو المرضِ أو الحبسِ في حق الحاضر ، أو الموتِ ، هذا هو المذهبُ الصحيح .

وحكى أبو العباس ابنُ القاص قولاً خرَّجَه من نفسِه أنه تُسمعُ الشهادةُ على الشهادةِ في حقِّ الحاضرِ من غَيرِ عذْرٍ ، قياساً على الرواية ، وهذا لا يعتدُّ به ، حكاه في كتاب « أدب القضاة » ، وحكاه عنه الشيخ أبو علي في « شرحِه الكبيرِ » ، وإليه ذهبَ القفالُ الشاشي من أصحابنا ، وهو [٧٣ / ب] مذهبُ محمد بن الحسن[2] ، ولا تفريعَ عليه .

فإذا فرّعنا على المذهبِ فالنظرُ في الغيبةِ والعُذْرِ مع الحضورِ ، أما الغيبةُ ففي مسافةِ القَصْرِ تُسمع قولاً واحداً (شهادةُ الفرع على شهادته ، وفيما دونَ مسافةِ العَدْوى لا تُسمع قولاً واحداً)[3] ، وفي مسافة العدوى إلى مسافة القصر قولان ، الأصحُّ أنها تُسمع[4] .

---

(١) اللفظ من عندي ، وساقط من الأصل ومن نسخة ف .

(٢) قال الإمام محمد تقبل الشهادة على الشهادة كيفما كان ، سواء كان الأصل حاضراً أم غائباً ، مريضاً أم صحيحاً ، حياً أم ميتاً ، حتى روي عنه أنه إذا كان الأصل في زاوية المسجد ، والفرع في زاوية أخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم ، والراجح عند الحنيفة خلافه ، فيشترط تعذر حضور الأصل بموت أو مرض أو سفر أو كون المرأة مخدرة ، (انظر : رد المحتار : ٥ / ٤٩٩ ، حاشية الشُرُنْبُلالي على درر الحكام : ٢ / ٣٨٩ ، فتح القدير : ٦ / ٧٩ ، الروضة : ١١ / ٢٩٤) .

(٣) ما بين القوسين من هامش الأصل .

(٤) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٥ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٢٦ ـ ٢٢٧ ، المهذب : ٢ / ٣٣٨ ، الروضة : ١١ / ٢٩٥ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٣٢) ، وعند الحنفية قولان ، الأرجح مسافة قصر ، وعند أبي يوسف فوق مسافة العدوى ، (انظر : الهداية وشروحها : ٦ / ٧٨ ـ ٧٩ ، درر الحكام : ٢ / ٣٨٩) .

[حد مسافة العدوى] :

٤٥٨ ـ وحدُّ مسافةِ العَدْوى هو أنْ يخرجَ الإنسانُ من بَلَده إلى مَقْصدٍ ، ثم لا يمكنُه أنْ يعودَ يأوي إليه في يومهِ على السير المتوسط سيرِ المراحل المعتادة .

[وصف المرض المانع] :

وأما العذرُ مع الحضورِ فهو مرضٌ لا يمكنُه المشيُ إلى مجلسِ الحكم إلا بمشقةٍ عظيمةٍ ، لا تُحتمل في العادة ، وهكذا الزمانة .

قال الإمام : لسنا نشترط في المرضِ أن يكونَ بحيث لا يُتأتى منه الحضورُ أصلاً ، بل إذا كانَ ينالُه مشقةٌ ظاهرةٌ .

وتقريبُ القولِ[١] فيه أنَّ المرضَ الذي يجوز (له)[٢] التخلفُ بسببه عن الجمعةِ يجوزُ تخلُّفُ الشاهدِ بسببه ، وكذلك القولُ في المرضِ الذي يجوزُ الإفطار في رمضان منه ، وهو أنّا لا نعتبرُ فيه الخوفَ من الموتِ ، بل أنْ ينالَ المريضَ مشقةٌ ظاهرةٌ وألمٌ مُقْلِقٌ[٣]، هذا [كلامه][٤].

وقال الشيخُ أبو علي : المرضُ المجوّز لسماع شهادةِ الفرعِ على الأصل أنْ يكونَ صاحبَ فراشٍ في المرض ، وهذا ظاهرٌ ، لكنْ اعتبارُه بالجمعة بعيدٌ ، فإن الزَمِنَ القادرَ على أجرةٍ يصرفُها إلى منْ يحملُه إلى الجمعةِ ، يجب عليه صرف أجرةِ المثل إلى من يحملُه ، ويحضر الجمعة[٥].

---

(١) يوجد في نسخة الأصل فوق كلمة القول كلمة « العمل » فكأنها بدلها أو مرادفة لها ، وفي نسخة ف : النظر .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) المراجع السابقة في مغني المحتاج ونهاية المحتاج وشرح المحلي .

(٤) اللفظ من عندي ، وساقط من نسخة ف ، وفي الأصل : كله ، وهو تصحيف لا معنى له .

(٥) في نسخة ف : إلى الجمعة ليحضر .

وقد قالوا : الزمانةُ في الشهادةِ بمنزلـةِ المرض ، وليست كالمرض في الجمعـة ، فإنَّ المريضَ لا يجب عليـه بـذلُ أجرةٍ في حمل نفسِـه إلى الجمعـة ، فبينَ البـابين فرقٌ في هذا العَجز .

ثم قـال الإمـامُ : وكلُّ مـا يجوزُ تركُ الجمعـةِ بـه من خـوفٍ من غريمٍ ، أو مـا في معنـاه ، فيجـوزُ مثلـهُ في الشهـادة ، وكانَ من الممكن أنْ يُقـالَ : يحضرُ القاضي بنفسِه إلى منزلِ شاهدِ الأصل ، ويُصغي إلى شهادتِه ، أو يَبعث نائباً له عنـه يسمـع شهـادتَـه ، كما يفعـلُ في حـقِّ المرأةِ المخـدَّرةِ ، ولكنْ لا ذاهب[1] إلى هذا .

أما تكليفـه الحضور بنفسـه فلا سبيلَ إليـه ، لمـا فيـه من تبـذُّلـه ، وغضٌّ منصبه ، وأما استنابتُه نائباً يسمعُ شهادةَ الأصل فجائزٌ له فعلـه ، إنْ اختـارَه ، ولكنه[2] لا يُكلف به ، إذ فيه سـدٌّ بـاب الشهـادة على الشهـادة التي أجمعَ سلف الأمة وخلفُها على قبولها بعذر المرض في الجملة[3] .

٤٥٩ ـ **الشرطُ الرابـع** : أنْ يكـونَ شـاهـدُ الفرعِ حـالـةَ التحمـلِ أهـلاً للشهادة ، فلو كان عنـدَ التحمل صبيـاً أو عبـداً أو كافراً أو فـاسقـاً ، هل تُسمعُ شهادتُه على شهادةِ أصله عنـد الأداء ، وقـد صـار [٧٤ / أ] بـالغـاً حراً مسلمـاً عدلاً ؟ فيه وجهان ذكرَهمـا الشيخ أبو علي والقـاضي حسين ، أحـدُهمـا : نعم ، كتحمل الشهادةِ على مقرٍ أو بائعٍ أو غير ذلك[4] .

---

(١) في نسخة ف : لا سبيل .

(٢) في نسخة ف : لكن .

(٣) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٤ .

(٤) وهـو الصحيـح في المـذهب واقتصر عليـه النـووي في الروضـة ، (انظر : مغني المحتـاج : ٤ / ٤٥٥ ، نهـايـة المحتاج : ٨ / ٣٢٦ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٣١ ، الروضة : ١١ / ٢٩٣) .

والثاني : لا يُسمع ، (لأنها)[1] توليةُ ولايـةٍ ، فينبغي أنْ يكونَ متحملُها من أهلها .

[قالا][2]: فعلى هذا الوجهِ الأخيرِ لو أشهدَ شاهـدُ الأصل ، وهو عَـدْلٌ ، شاهـدَ فرعٍ ، هو صبيٌ ، أو عبـدٌ مثلاً ، عنـد التحمل على شهـادتـه ، وقلنـا : لا يَصحُّ هـذا التحملُ ، فلو سمِعَـه رجلٌ آخرُ مسلمٌ بـالغٌ عـاقـلٌ عـدْلٌ ، يُشهـدُ الصبيَّ على شهادته ، لا يصحُّ ، والحالةُ هذه ، تحملُ هذا العَدْلِ السامعِ للشهادة التي سمِعَها من شاهدِ الأصلِ ، ثم يشهـدُ على شهـادتِـه ، والحـالـةُ هـذه ، وهـذا ظاهر .

[أهلية شاهد الأصل] :

٤٦٠ ـ أما أهليةُ شاهـدِ الأصلِ حـالـةَ التحمل فلا خلافَ في اشتراطهـا[3]، فلو أشهدَ فاسقٌ أو كافرٌ أو صبيٌ أو عبدٌ على شهادتـه رجلاً عـدلاً فتحمَّلهـا ، ثم أدّى الشهادةَ على شهادته ، بعد أنْ صارَ شاهدُ الأصل بالغاً مسلمـاً عـدلاً حراً ، لم تُسمعْ شهادتُه على شهادته بلا خلاف .

٤٦١ ـ **الشرط الخـامس** : أن يكونَ شهودُ الفرعِ ذكـوراً ، فـلا مَـدْخـلَ للنسـاء أصلاً في شهادة الفروع ، ولا يصحُّ تحملُهن الشهادةَ على شهـادةِ أصلٍ[4]، سواءٌ كان الأصلُ رجلاً أو امرأة ، أو كانَ الحقُّ ممـا يثبت بقول النسوةِ وحـدَهن أو لا ، هذا لا نعرف فيه خلافاً بين أصحابنا .

---

(١) اللفظ من النسخة ف ، وفي الأصل : لأنه .

(٢) في الأصل ونسخة ف : قال ، وهو خطأ ، لأن الضمير يرجع إلى الشيخ أبي علي والقاضي حسين

(٣) عبر النـووي رحمه الله تعـالى عن ذلك فقـال : ولا يصـح التحمـل على شهـادة مردود الشهـادة ، (مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٤ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٥ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٣١ ، الروضة : ١١ / ٢٩٢) .

(٤) المراجع السابقة ، الأم : ٦ / ٢٤٤ ، المهذب : ٢ / ٣٣٨ ، الروضة : ١١ / ٢٩٣ .

النظر الرابع[1]

في

ما يطرأ على شهود الأصل بعد تحمل الفروع للشهادة[2] على شهادتهم

وهي أمورٌ :

٤٦٢ ـ **أولُها : الموتُ** ، ولا خلافَ في قبول شهادة الفروع بعد موت شهود الأصل[3].

٤٦٣ ـ **وثانيها : الفسقُ** ، فإذا فسقَ شاهدُ الأصل ، بعد أن كانَ عدلاً وقتَ تحمل شاهدِ الفرعِ الشهادةَ عنه ، وقبلَ أداء الفرعِ شهادتَه عندَ الحاكمِ ، لم تُسمعْ شهادةُ الفرعِ ، وكذلك إذا طرأت الردَّةُ (فلا تقبلُ شهادتُهم)[4] قولاً واحداً[5].

وقال القاضي حسين : لو كان شهودُ الأصلِ عدولاً وقتَ تحمل شهادةِ

---

(١) في الأصل : الثالث ، وهو خطأ ، وكذا في نسخة ف .

(٢) في نسخة ف : الشهادة .

(٣) ومثل الموت الغيبة والمرض ، انظر المراجع في الصفحة السابقة هامش ٤ ، الروضة : ١١ / ٢٩٢ ، ٢٩٤ .

(٤) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٥) وتعليل رد الشهادة لهذه الأمور من الردة والفسق والعداوة أن هٰذه الأمور لا تقع ولا تحدث دفعة واحدة وفجأة ، بل الفسق يورث ريبة فيما تقدم من ظاهر العدالة ، والردة تشعر بخبث في العقيدة ، والعداوة تشعر بضغائن كانت مستكنة ، وليس لمدة ذلك ضبط ، فيعطف ويرجع إلى حالة التحمل ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٤ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٥ ، حاشية قليوبي : ٤ / ٣٣١ ، الروضة : ١١ / ٢٩٢) .

الفرعين ، ثم طرأ عليهم فسقٌ أو ردةٌ ، فالظاهرُ من المذهب أن ذلك يُوقع ريبةً في شهادة شهودِ الفرع ، فلا تُقبل شهادتهم .

٤٦٤ ـ فقولُه : ظاهرُ المذهب ، يدلُّ على خلافٍ ، فإنْ كانَ فهو بعيدٌ جداً ، لا يُعدُّ من المذهب ، وَقد ذكرَه الإمام على معنى آخر ، فقال : إذا طرأ فسقُ الأصل لم تُقبلْ شهادةُ الفرع قطعاً ، فلو عادَ الأصلُ إلى العدالة لم تُقبل شهادة الفرع تعويلاً على التحمل الأول ، بل لا بدَّ من تجديد تحمله[1].

هذا الذي لا يجوز غيره ، وأبعدَ بعضُ الأصحاب فاكتفى بالتحمل الأول ، ولا يُعتد بمثل هذا .

٤٦٥ ـ وثالثها : [٧٤ / ب] طريان العَمى والجنون على شاهد الأصل ، وفيه ثلاثة أقوالٍ ، الأصح : أن شهادةَ الفرع تُقبل بعد طريانها على الأصلِ[2]، والثاني : لا تُقبل[3]، والثالث : تُقبل في طريان العمى دون الجنون .

٤٦٦ ـ التفريع : إن حكَمنَا بأنَّ شهادةَ الفرعِ تنقطعُ بطريانها ، فلو أبصَرَ الأصلُ بعد العمى ، أو أفاقَ المجنون ، فالمذهبُ على هذا الوجه أنه لا بدَّ من إعادةِ تحمل الشهادةِ ثانياً ، ومن أصحابنا منْ قالَ : لا يحتاج إلى الإعادةِ ، بل يَستمر .

٤٦٧ ـ ورابعها : حضورُ شاهد الأصل من الغَيْبة قبل أداء الفرع الشهادةَ مانعٌ من قبول شهادةِ الفرع بلا خلاف[4]، إلا على القول السابقِ الذي

(١) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٢ .

(٢) وهو الصحيح عند المحققين في المذهب ، لأن ذلك لا يوقع ريبة في الماضي ، (انظر : مغني المحتاج ، المرجع السابق ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٦ ، حاشية قليوبي ، المرجع السابق ، الروضة ، المرجع السابق) .

(٣) وذلك كالفسق .

(٤) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٥ ، الروضة : ١١ / ٢٩٣ .

لا تفريعَ عليه ، في أنَّ غيبةَ شاهدِ الأصلِ لا تُشترطُ في سماعِ شهادةِ الفرعِ ، وهكذا بُرْءُ شاهدِ الأصلِ المريضِ من المرض قبلَ أداء شاهدِ الفرعِ الشهادةَ مانعٌ من قبولِ شهادته التي تحملها قولاً واحداً .

٤٦٨ ـ قلتُ : ومما وقعَ لنا من الحوادث أنَّ شاهديْ فرعٍ شهدا على شهادةِ شاهدِ أصلٍ مريضٍ بحقٍ ، ولم يؤديا شهادتها عندي ، ثم بعد تحملها الشهادة على شهادته ، عدتُ ذلك المريضَ وفارقتُه ، ثم حضر صاحبُ الحق ، وطلبَ مني سماعَ شهادةِ شاهدي الفرع ، ففكرتُ في ذلك ، وقلتُ : قد عُدتُ شاهد الأصل ، فقد مضتْ ساعةٌ كان يُمكن شاهدُ الأصل أداءَها ، ولو أدّاها[١] عندي لسمعتُها ، وبطلتْ شهادةُ الفرعين بأدائها عندي ، فهل يُؤثِرُ هذا في بطلان تحملها الأول ، ويحتاجان إلى تجديد التحمل عليه أم لا ؟ ففكرتُ في هذا هُنَيَّةً[٢] ، ثم ترجح عندي أنها لا يحتاجان إلى تجديدِ التحملِ ، ويجوزُ سماعُ شهادتها على شهادته ، بناءً على التحملِ الأولِ ، لأنَّه لو حضرَ شاهدُ الأصل من غيبته ، ثم سافرَ سفراً طويلاً فالتحملُ الأول باقٍ ، وتقبلُ شهادةُ الفرع بناءً عليه ، وفيما ذكرناه أولى .

٤٦٩ ـ وخامسُها : تكذيبُ شهودِ الأصلِ .

(فمتى)[٣] كذّبَ شاهدُ الأصلِ شاهدي الفرعِ قبلَ القضاء بشهادتها ، وبعد تأديتها الشهادة بطلتْ شهادتُها ، ولم يُقض بها[٤] .

---

(١) في نسخة ف : ولو كان أداها .

(٢) الهَن : خفيف النون كناية عن كل اسم جنس ، والأنثى هنةٌ ، ولامها محذوفة ، ففي لغة هي هاء فيصغر على هنيهة ، ومنه يقال : مكث هنيهة أي ساعة لطيفة ، وفي لغة هيَ واو فيصغر في المؤنث على هنية ، والهمز خطأ ، إذ لا وجه له ، وجمعها هنوات وربما جمعت هنات ، (انظر : المصباح المنير : ٢ / ٨٨٢) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ومتى .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٣ .

وكذلك كلما طرأ ما سبقَ ذكرُه بعد تأديتها الشهادة (وقبل)[1] القضاء امتنعَ قبولُ شهادتها .

[طروء ذلك بعد القضاء] :

٤٧٠ ـ ومهما طرأ ذلك كلُّه بعد القضاء بشهادتها فلا أثرَ لطريانه ، والقضاءُ مستمرٌ على نفوذه[2].

[تكذيب الأصل للفرع] :

٤٧١ ـ وهٰهنا بحثٌ حسنٌ ، وهو أنَّ الإمامَ قالَ : إذا كذَّبَ[3] شاهدُ الأصلِ شاهدي الفرعِ قبلَ القضاء بشهادتها لم يَقضِ بشهادتها ، ولو كذَّبها بعد إبرام القضاء لم يُلتفتْ إلى [٧٥ / أ] تكذيبه ، ويستمرُ القضاءُ[4]، ثم قال : ولو قامتْ بينةٌ على أنَّ الأصلَ كذّبَ الفرعَ قبلَ القضاء فهو بمثابةِ ما سمعه القاضي من تكذيبه إياه قبلَ القضاء .

هذا كلامُه ، وهو مُؤْذِنٌ بصورتين في التكذيب قبل القضاء ، إحداهما : سماعُ القاضي تكذيبَ شاهد الأصل ، والثانية : قيامُ البينةِ عندَه على تكذيبه ، وهذا فيه نظرٌ ، فإنه متى سمع القاضي تكذيبَ شاهدِ الأصل فقد حضر شاهد الأصل ، وبطلتْ شهادةُ الفرعِ بحضورِ شاهد الأصل ، لا بالتكذيب ، إلا أن يقال : صورته : أن يكون شاهدُ الأصل حضرَ وكذب شاهدَ الفرع ، فبطلت شهادةُ الفرع بالحضور ، وجاء[5] التكذيب بعده ، فإذا عادَ شاهدُ الأصل ،

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : قبل .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٢ ـ ٢٩٣ .

(٣) في نسخة ف : أكذب .

(٤) وهو ما ذكره الشربيني فقال : « ولو كذب به الأصل بعد القضاء لم ينقض » ، (مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٥) .

(٥) اللفظ في نسخة ف : وحال .

(وغابَ)[1] حدَّ المسافةِ الشرعيةِ ، لم تُسمعْ شهادةُ الفرع قولاً واحداً ، لا لطريانِ الحضور فقط ، فإنه قد زالَ ، بل لطريان التكذيب .

٤٧٢ ـ وهذا حسنٌ لطيفٌ ، ويمكن تصويرُه بصورة أخرى ، وهو أنَّ شاهدَ الأصل سافرَ عن بلد شهود الفرع إلى بلد آخر ، واتفق سفرُ ذلك القاضي إلى البلدِ الذي به الآن شاهدُ الأصلِ ، فشافهه شاهدُ الأصل بتكذيبِ شاهدي الفرع[2]، ثم عادَ القاضي إلى بلدِ شاهدي الفرع ، ثمَّ إن كانَ البلدُ الذي ذَكر فيه شاهدُ الأصل للحاكمِ تكذيبَ شهودِ الفرعِ من جملة عملِ القاضي وولايته ، فله العملُ بتكذيبه قولاً واحداً ، وإنْ كان خارجاً عن محلِّ ولايته كانَ على قولي العلم[3]، وهذه الصورة أعوصُ من الأولى مع لطفها .

[نسيان شاهد الأصل] :

٤٧٣ ـ أما إذا قال [٧٥ / ب] شاهدُ الأصل لفرعيه[4]: نسيتُ أني أشهدتُكما على شهادتي ، أني أشهدُ على زيدٍ بكذا ، وأنا أذكرُ شهادتي على إقرار زيد بكذا ، فقالَ الفرعان : نحن ذاكران : أنَّك أشهدتنا على شهادتِك ، (أنّكَ)[5] تشهدُ على إقرار زيدٍ بكذا .

وقعت هذه المسألة عندنا في « الفتاوى » فقلتُ : هذا ينبغي أن يؤثر ، ولا يجوزُ العملُ بشهادة الفرعين إلى أن يُجدّدَ شاهدُ الأصل إشهادَهما على

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : غاب .

(٢) في الأصل زيادة تؤدي إلى الخلل فحذفتها ، وهي : فشافهه شاهد الأصل بتكذيب الشاهد ، بتكذيب شاهدي الفرع ، وهذه الزيادة ليست موجودة في نسخة ف .

(٣) أي القولين في جواز قضاء القاضي بعلمه وعدم جوازه .

(٤) الفقرة ٤٧٣ مكررة في الأصل ، ورقة ٧٥ على الوجه الأول والوجه الثاني ، مع فارق في تركيب الجمل ورد الضمائر ، وقد اعتمدت على الصفحة الثانية المكررة ، ونقلت منها ، لأنها أوضح عبارة وأدق حكما .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل في الصفحة الأولى : أن ، وفي الثانية : أنك .

شهادته مرةً ثانيةً[1]، (ويسترعيها للشهادة)[2]، بالقياسِ على ما إذا قال شاهدان : إنَّ الحاكمَ أشهدنا على نفسِه أنَّه ثبتَ عنده كذا ، وأنه حكَم بكذا ، فقال الحاكمُ : لستُ أذكرُ ذلك ، فإنْ كانَ وقع شيءٌ من ذلك فقد أنسيته[3]، لم يجزْ لهما بعد ذلكَ الشهادةُ عليه به ، ولا يعمل بقولهما إلى أن يتذكر[4] الحاكم ذلك ، ويشهدهما عليه مرة أُخرى .

ثم وجدت مسألة الفرعين مع أصلها ونسيانه مسطورةً[5] في بعض كتب الأصحابِ ، كما أفتيت به .

أما إذا قالَ شاهدُ الأصلِ : لستُ أذكرُ أنَّ زيداً أشهدني على إقراره بكذا ، والفرعان ذاكران أنَّه أشهدَهما على شهادتِه بذلك ، فيجبُ القطعُ بعدم قبولِ شهادتِهما ، (وهو أظهرُ من الصورة الأولى)[6].

[البينة بعد القضاء على التكذيب قبله] :

٤٧٤ ـ ثم قال الإمامُ ههنا : إذا قضى القاضي بشهادةِ شاهدين ، ثم قامتْ بينةٌ على فسقِهما حالة القضاء ، هل ينقضُ حكمه ؟ فيه قولان ، سنذكرهما في موضعهما[7].

وقد ذكرنا ههنا أنه إذا قضى بشهادةِ شاهدي فرعٍ ، ثم قامت بينةٌ أنَّ

---

(١) قال الخطيب الشربيني : أو قال لا أعلم أني تحملت ، أو نسيت أو نحو ذلك لم يحكم بها ، لحصول الريبة ، أو بعد الحكم لم يؤثر ، (مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٥)

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ويسترعياه الشهادة .

(٣) في نسخة ف : نسيته .

(٤) في نسخة ف : يذكر .

(٥) العبارة في نسخة ف : ثم وجدت مسألة الفرعين مع أصليها ونسيانها مذكورة .

(٦) ما بين القوسين من الصفحة الأولى المكررة ، وهنا ينتهي التكرار .

(٧) فقرة ٥٩١ من هذا الكتاب .

شاهد الأصل كذّب شاهدي الفرع قبل القضاء بشهادتهما فلا يُنقضُ الحكمُ قولاً واحداً

قال : فقد تعسر الفرقُ في ذلك ، ولم يذكرْ فرقاً أصلاً ، ونحنُ نجدُ بينهما فرقاً قادحاً ، لا نرى ذكره تأدباً مع الإمام .

[خاتمة : طلب صاحب الحق من شاهد الأصل الإشهاد عليها] :

٤٧٤ / ٢ ـ هذا تمامُ الكلام في فصل الشهادة على الشهادة .

وله خاتمةٌ تمسُّ الحاجةُ إليها ، لا بدّ من الإفادةِ بذكرِها ، وهو أنَّ صاحبَ الحقّ إذا طلبَ من شاهدِ الأصل أنْ يُشهد على شهادتِه ، فإنْ أجابه إليه فقد أحسن ، وإنْ امتنع نُظر : إنْ كان قادراً على أدائها عند الحاكم ، لم يلزمْه أنْ يُشهدَ على شهادته ، وإنْ كانَ عاجزاً عن أدائها عند الحاكمِ لمرضٍ أو سفرٍ ، فمذهبُ الشافعي ، رحمة الله عليه ، أنّه لا يجبُ عليه الإشهادُ على شهادته[1] .

قالَ الماورديُّ : والأولى عندي أنْ يُعتبر الحقُّ المشهودُ فيه ، فإنْ كانَ يبقى إلى الأعقاب كالوقوف المؤبّدةِ المنتقلةِ إلى البطونِ المستقبلَة لزمَه الإشهادُ على شهادتِه ، وكذلك الإجارةُ المعقودةُ إلى مدةٍ لا يعيشُ إلى انقضائها في الغالب ، وكذلك الديونُ المؤجلةُ بالأجل البعيد ، [٧٦ / أ] ففي هذا كلِّه يلزمُه الإشهادُ على شهادتِه بخلاف غيرها[2] .



---

(١) يقول الماوردي : ومذهب الشافعي لا يجب عليه الإشهاد لثلاثة معانٍ : الأول : أن المقصود في تحمل الشهادة أداؤها دون الإشهاد عليها ، والثاني ، أن الإشهاد عليها لا يسقط عنه فرض أدائها ، والثالث : أن المقر لما لم يلزمه الإشهاد على إقراره كان الشاهد المتحمل أولى ، (الحاوي ، له : ١٣ ق ٢١ / ب) .

(٢) الحاوي ، له : ١٣ ق ٢١ / ب .

الفصل الخامس[1]

[في]

[مراتب الشهادة]

٤٧٥ ـ فيما يثبت بشهادةِ أربعةٍ من الرجال ، ولا يثبتُ بأقل من ذلك ، وفيما يثبتُ بالشاهدين ، ولا يثبتُ بالشاهدِ واليمين ، ولا بالنسوةِ منفردات ، وفيما يثبتُ بالشاهدِ واليمين ، (والشاهدِ والمرأتين)[2] ، وما يثبتُ بشهادةِ النسوةِ[3] منفردات ، وما يثبتُ بشهادةِ شاهدٍ واحدٍ .

٤٧٦ ـ **المرتبة الأولى :** الزنا نفسهُ لا يثبت إلا بأربعةٍ ، وفي الإقرار بالزنا قولان[4] ، واللواط ، إن جعلناه موجباً للقتل مطلقاً ، أو كالزنا ، وهو الصحيح[5] ، فلا بدَّ من أربعةٍ[6] ، وإنْ جعلناه موجباً للتعزيرِ ، هل يُشترط

---

(١) في الأصل ، وفي نسخة ف : الرابع ، وهو خطأ .

(٢) ما بين القوسين من نسخة ف ، ساقط من الأصل .

(٣) في نسخة ف : وما يثبت بالنسوة .

(٤) القول الأول : وهو الأظهر ، أن الإقرار بالزنا يثبت بشهادة رجلين كغيره من الأقارير ، والفرق بين الشهادة على الإقرار والشهادة على الفعل فيه أن المقر لا يتحتم حدُّه ، بخلاف الفاعل المعاين ، فلذلك غلظت بينته ، والقول الثاني : أن الإقرار بالزنا لا يثبت إلا بأربعة شهود كالفعل ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٢١ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١١ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٢٤ ، الروضة : ١٢ / ٢٥٢) .

(٥) اختلفت الآراء في المذهب الشافعي في عقوبة اللواط على ثلاثة أقوال ، الأول : أنه كالزنا ، وهو رجم المحصن ، وجلد وتغريب غير المحصن ، وهو الراجح ، والثاني : يقتل الفاعل سواء كان محصناً ، أم غير محصن ، لحديث : « مَنْ وَجَدْتُموه يَعْمَلُ عملَ قومِ لوطٍ ، فاقتلوا الفاعلَ والمفعولَ به » ، رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه والحاكم ، وصححه بإسناده ، فيقتل بالسيف كالمرتد ، والثالث : أن عقوبته التعزير فقط ، كإتيان البهيمة ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ١٤٤ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٤٢٧ ، شرح المحلي : ٤ / ١٧٩) .

(٦) قال الشيرازي : ولا يقبل في اللواط إلا بأربعة ، لأنه كالزنا في الحد ، فكان كالزنا في الشهادة ، (انظر : =

في ثبوتهِ أربعةً ؟ فيه قولان ، الأصح نعم .

٤٧٧ ـ المرتبة الثانية : ما لا يثبتُ إلا بعدلين ذكرين ، وهو النكاحُ والطلاقُ والرَجعةُ والقصاصُ والوديعةُ والعتقُ والاستيلادُ والكتابةُ (والوصايةُ)[١] والعفوُ عن القصاصِ والجُرح .

وحكى الشيخ أبو علي عن ابن خيران أنَّ ابنَ سُرَيْج[٢] قال : إنَّ الوكالة في استيفاء الأموال تثبتُ بالشاهدِ والمرأتين[٣] ، [إلا][٤] (أن الجُرْحَ المشهود به)[٥] في المال هل يثبت بالشاهد واليمين ؟ فيه وجهان ، والتعديل والردة والإسلام والنسب والبلوغ والولاء والعدة والموت والوكالة على المذهب[٦] .

وقال القاضي حسين : لا نصَ للشافعي رضي الله عنه في الوكالة ، ولا يبعد ثبوتها في المال برجل وامرأتين .

وحكى أبو العباس ابنُ القاص في (كتاب « أدب القضاء » ، له : أنَّ ابنَ سُرَيْج قال : إنَّ الوكالة في استيفاء الأموالِ تثبتُ بالشاهدِ والمرأتين)[٧] .

= المهذب : ٢ / ٣٣٣) ، وقال الخطيب الشربيني : اللواط في ذلك كالزنا ، (مغني المحتاج : ٤ / ٤٤١) ، وقال الرملي في (نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٠) : ويشترط للزنا واللواطة وإتيان الميتة والبهيمة أربعة رجال ، فلا يثبت الحد أو التعزير في ذلك بدونهم ، بينما نص المحلي في (شرحه على المنهاج : ٤ / ٣٢٤) ، نص على الوجه الثاني فقال : « ولا يثبت اللواط وإتيان البهائم إلا بأربعة ، وفي وجه من طريق يثبتان باثنين » ، (وانظر : الروضة : ١١ / ٢٥٢)

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الوصية ، انظر هامش ٣ من هذه الصفحة .

(٢) في الأصل : لا أن ابن سريج ، فإن « لا » زائدة ، والسطر ساقط من نسخة ف .

(٣) الوكالة والوصاية لا تثبتان إلا بشهادة رجلين عند الشافعية ، ولا نظر إلى رجوع الوكالة والوصاية إلى مال ، لأن القصد منها الولاية لا المال ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٢ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٢ ، المهذب : ٢ / ٣٣٤ ، الروضة : ١١ / ٢٥٣) .

(٤) اللفظ من عندي ، وفي الأصل : إلى

(٥) ما بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : إن خرج الشهود .

(٦) انظر : الروضة : ١١ / ٢٥٣ .

(٧) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل ، بعد لفظ : في كتابه .

٤٧٨ ـ **المرتبة الثالثة** : ما يثبتُ بشاهدٍ ويمينٍ ، وشاهدٍ وامرأتين ، وهي الأموالُ وحقوقُها[١] ، كالإقارير والقروضِ والإتلافِ والأُرُوشِ والدياتِ والبيوعِ والإجاراتِ والعقودِ المالية بأجمعِها وقتلِ الخطأ ، وكلِ جراحةٍ لا توجبُ إلا المال ، وحقِ الخيارِ والشفعةِ والفَسْخِ وقبضِ نجوم الكتابةِ ، إلا النجمَ الأخيرَ ففيه وجهان ، لتعقبه العتقَ ، ويدخلُ في ذلك عقدُ القِراضِ والشركة على الأصح .

وقال القاضي حسين : عقدُ القراض والشركة لا يثبتُ بالشاهد واليمين ، ولا بالشاهدِ والمرأتين ، لأنه إثباتُ وكالةٍ على المال المشترك ، وهذا يقولُه تفريعاً على المذهب[٢] .

وهو صحيحٌ ؛ فإنَّ الشركة توكيلٌ من كل واحدٍ من الشريكين لصاحبه في التصرف في مالِه ، وإلا فمَنْ مذهبه أن الوكالةَ في المالِ تثبتُ بالشاهد والمرأتين ، فعقدُ الشركةِ والقراضِ أولى . [٧٦ / ب]

وقطعَ[٣] الشيخُ أبو نصر بأن القراضَ يثبتُ بالشاهدِ واليمين ، وفي[٤] الأجل وجهان ، أصحُها ثبوتُه بالشاهدِ واليمين[٥] .

ويثبتُ المالُ في السرقةِ بشهادةِ رجلٍ وامرأتين ، وبشهادةِ شاهدٍ ويمينٍ[٦] ، دونَ القَطْعِ ، وكذلك النكاحُ إذا لم يَثْبتْ إلا برجلين ، فيثبتُ المهرُ فيه

---

(١) المراجع السابقة في هامش ٣ ، الحاوي : ١٢ ق ١٢٥ / أ ، ق ١٢٧ / أ ، الروضة : ١١ / ٢٥٤ .

(٢) وهذا ما أيده النووي رحمه الله ، لأنه عدد ما يشترط فيه رجلان ، وقال : « ومنه القراض ، وكذا الشركة على الأصح ، وقيل : تثبت برجلٍ وامرأتين » (الروضة : ١١ / ٢٥٣) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ولا قطع ، وهو خطأ .

(٤) في الأصل : إلي وفي ، فلفظ : إلي ، زائد في الأصل .

(٥) انظر : الروضة : ١١ / ٢٥٤ .

(٦) العبارة في نسخة ف : ويثبت المال في السرقة بالشاهد والمرأتين وبشهادة الشاهد واليمين .

بالشاهدِ واليمين ، وهكذا الوكالةُ تثبت في حقِ البيع بالشاهـدِ واليمين ، ويثبتُ المالُ الموصى به بالشاهدِ واليمين دون الوصاية .

[ثبوت الإعسار] :

٤٧٩ ـ وأما الإعسارُ فالمذهبُ أنه يثبتُ بشهادةِ شاهدين (حرين)[١] ذكرين (عدلين)[٢] خبيرين بباطن حالهِ[٣] .

وقال المتولي : لا يَثبتُ إلا بثلاثةِ شهودٍ ذكورٍ[٤] ، وذكر[٥] في المذهب وجهين .

وقال الشيخُ أبو علي : هل يثبتُ بشهادة رجلٍ وامرأتين ، أو

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) وهو ماعليه المتأخرون المحققون في المذهب ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٢ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٢٥ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٢ ، الروضة : ١١ / ٢٥٣) .

(٤) قال النووي رحمه الله في (شرح صحيح مسلم : ٧ / ١٣٣) : وأما اشتراط الثلاثة ، فقال بعض أصحابنا هو شرط في بينة الإعسار ، فلا يقبل إلا من ثلاثة لظاهر الحديث ، وقال الجمهور : يقبل من عدلين كسائر الشهادة غير الزنا ، وحملوا الحديث على الاستحباب ، وانظر : (حاشية عميرة على شرح المحلي : ٤ / ٣٢٤) ، وذهب الحنابلة إلى اشتراط الثلاثة في بينة الإعسار ، وذلك إذا حضر شخصٌ عرف له مال وادعى التلف والإعسار والفقر ، فلا يكتفي لإثبات ذلك برجلين ، بل لا بد من ثلاثة رجال ، واستدلوا على ذلك بما أخرجه مسلم وأبو داود وابن خزيمة وابن حبان عن قَبيصةَ بن مُخارق الهلالي قال : « تحملت حَمالةً فأتيتُ النبيَّ ﷺ أسأله ، فقال : يا قَبيصةُ ، أقِمْ عندنا ، حتى تأتينا الصدقةُ فنأمر لك بها ، ثم قال : يا قَصيبةُ : إنَّ المسألة لا تحلُ إلا لأحد ثلاثةٍ ، رجلٌ تحمَّل حمالةً فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك ، ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قِواماً من عيش ، أو قال : سِداداً من عيش ، ورجل أصابته فاقة حتى يقوم ثلاثةٌ من ذوي الحِجا من قومه لقد أصابت فلاناً فاقةٌ ، فحلت له المسألة حتى يصيب قِواماً من عيش ، أو قال سداداً من عيش ، فما سواهن من المسألة يا قبيصةُ سُحتاً ، يأكلها صاحبها سحتاً » .

(انظر : صحيح مسلم بشرح النووي : ٧ / ١٣٣ ، سنن أبي داود : ١ / ٣٨١ ، سنن النسائي : ٥ / ٩٧ ، المغني ، ابن قدامة : ١٠ / ١٣١ ، الطرق الحكمية : ١٦٣) ، وانظر دراسة ذلك مع المقارنة والمراجع المشار إليها في رسالتنا (وسائل الإثبات : ١ / ١٤٥) .

(٥) في الأصل : ذكر ، فالواو ناقصة من النقل .

(بشاهدٍ)[1] ويمين ؟ فيه وجهان ، كما في الأجلِ والخيارِ ، وسنذكرُ شيئاً من هذا في فصل شهادة النفي إن شاء الله تعالى[2] .

[تقديم الشاهد على اليمين والعكس] :

٤٨٠ ـ واعلم أنَّ ما يثبتُ بالشاهدِ واليمين ، هل يُشترطُ تقدمُ الشاهدِ على اليمين ؟ أم يجوزُ تقديمُ[3] اليمينِ على الشاهد ؟ فيه وجهان ، الأصحُّ لا بدَّ من تقدُّمِ الشاهدِ[4] .

[تصديق الشاهد باليمين] :

٤٨١ ـ وهل يُشترطُ في يمينه تصديقُ الشاهدِ ؟ المذهبُ الأصحُّ نعم ، وقال الإصطخري : لا يُشترط[5] .

[حقيقة الحكم بهما] :

٤٨٢ ـ ثم إذا شهدَ الشاهدُ ، وحلفَ مع شاهدِه ، وحكم الحاكمُ ، فالحكمُ وقعَ بالشاهدِ فقط ، أو باليمينِ فقط ، أو بهما ؟ فيه ثلاثةُ أوجه ، الأصحُّ بهما[6] .

وتظهرُ فائدةُ الخلافِ فيما لو رجعَ الشاهدُ بعدَ الحكمِ ، وقُلنا بتغريمِ

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : شاهد .

(٢) فقرة ٤٩٥ وما بعدها ، ٥٠٠ .

(٣) في نسخة ف : تقدم .

(٤) وهو الراجح ، كما صرح به النووي ، واقتصر عليه ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٣ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٣ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٢٥ ، الروضة : ١١ / ٢٧٨) .

(٥) قال المحلي : ويذكر وجوباً في حلفه صدق الشاهد ، . . . وذكر صدق الشاهد ليحصل الارتباط بين اليمين والشهادة المختلفي الجنس ، (شرح المحلي ٤ / ٣٢٥ ـ ٣٢٦) ، وانظر : الروضة : ١١ / ٢٧٨ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٤ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٣ ، وتقدم ذلك في كلام المصنف فقرة ٢٤٢ .

(٦) انظر : الروضة : ١١ / ٢٧٨ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٣ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٣ ، وانظر تحقيق ذلك مع الأدلة والمقارنة والمراجع في رسالتنا : وسائل الإثبات : ١ / ١٨٦ .

الشاهد إذا رجعَ ، فإنْ قُلنا : بـاليمين فقـط ، لا غُرمَ (عليـه)[1] ، وإن قلنـا : بهما ، غَرِمَ النصفَ ، وإنْ قلنا : بالشاهدِ فقط ، قالَ الأصحابُ : غَرِمَ الكلَّ[2] .

وقـال الشيـخ أبـو علي : لا صـائرَ إلى أنـه يَغرم الكلَّ ، وهـذا يــدل على ضعفِ هذا الوجه ، وهو أنه (يثبت)[3] به فقط .

٤٨٣ ـ **المرتبة الرابعة** : ما يثبت بشهادة أربعٍ من النسوة منفردات[4] ، وبرجل وامرأتين ، وهو البكارة ، وعيوب النسـاء في أبـدانِهن ، والرَضـاعِ ، وفي الولادةِ[5] .

وقال القاضي أبو الطيب : هل تقبل شهـادة النسوة منفردات على الاستهلالِ في الولادة ؟ فيه قولان ، فإنْ قُلنا : تقبل ، فلا بدَّ من شهادة أربع[6] .

وقال الشيخ أبو علي في « شرحه الكبير » : قال الأستاذ أبو طاهر الزِّيـادي[7] :

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فيه .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ٢٧٨ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ثبت .

(٤) العبارة من نسخة ف : أربع نسوة منفردات .

(٥) انظر : الروضة : ١١ / ٢٥٣ .

(٦) الراجح قبول شهـادة النسـاء منفردات على الاستهلال في الولادة ، وأمـا القول الثـاني فهو عن الربيع رحمه الله ، وبهذا القول الثاني قـال الإمـام أبو حنيفـة خلافـاً لصـاحبيـه ، فـإنـه قـال : لا تقبل شهـادة النسـاء وحـدهن في الاستهلال ، لأن الاستهلال صوت الصبي عنـد الولادة وهو ممـا يطلع عليـه الرجـال فلا تكـون شهـادتهن فيـه حجـة في الإرث وغيره ، لكنهـا تقبل بصلاة الجنـازة على المولود ، (انظر : المهـذب : ٢ / ٣٣٥ ، مغني المحتـاج : ٤ / ٤٤٢ ، درر الحكام : ٢ / ٣٧٢ . وسـائل الإثبـات : ١ / ٢١٥ ، فتح القـدير : ٦ / ١٠ ، رد المحتـار : ٥ / ٤٦٥ ، الفقـه الإسـلامي : ٢ / ٥٧٢ ، الروضة : ١١ / ٢٥٤) ، ونقل الطرابلسي في (معين الأحكام : ٩٤) : مذهب المالكية عند انتحـالـه كتـاب « تبصرة الحكام » دون أن ينتبه إلى مذهب إمامه في ذلك ، واقتبس نص َ(التبصرة كما هو وارد فيها : ١ / ٢٩٣) .

(٧) محمد بن محمد بن مَحْمِشِ بن علي بن داود ، أبو طـاهر الزيـادي الفقيـه الشـافعي ، إمـام المحـدثين والفقهـاء بنيسابور في زمانه ، كان شيخاً عارفاً أديباً بالعربيـة ، سلمت إليـه الفتيـا والمشيخـة بنيسـابور ، ولـه معرفـة بـالشروط وصنف كتـابـاً فيـه ، ومع ذلـك كان فقيراً ، ذكره العبـادي وأثنى عليـه ، ولـد سنـة ٣١٧ هـ ، وتـوفي سنـة ٤١٠ هـ ، =

يثبتُ الرَضاعُ والولادةُ بشهادةِ امرأتين ويمينِ المدعي[1] ، لأنَّ هـذه شهـادةٌ توقفت على امرأتين فجازَ أن تقومَ اليمين فيها مقامَ امرأتين[2] ، كالشاهدِ الواحدِ في المال .

قال الشيخ القفَّال : [٧٧ / أ] هـذا خطـأ ، لأنَّ اليمينَ دخلتْ في الأموال لخفتها ، ودخولِ البدلِ فيها ، وثبوتِ الرَضاع والولادةِ بشاهـد وامرأتين لم يكن (لخفةِ)[3] ذلك ، بل للحاجة إليه ، لأنَّه لا يطلعُ عليه في الغالبِ إلا النساء .

٤٨٤ ـ أمـا مـا تحتَ إزارِ النسـاء من العيـوب كالبَرَصِ وغيره لا يثبت إلا برجلين أو رجل وامرأتين أو أربع نسوة ، ولا يثبت بشاهد ويمين[4] ، وكـذلـك الرَتَقُ والرضاعُ والثيابةُ والبكارةُ والحيضُ والاستهلالُ (حكمها كذلـك)[5] ، وفي

= والزيـادي بـالكسر نسبـة إلى زيـاد جـد وبطن من الأزد ، (انظر : طبقـات الشـافعيـة الكبرى : ٤ / ١٩٨ ، طبقـات الفقهاء : ١٣٣ ، لب الألباب : ١٢٩ ، تهذيب الأسماء ٢ / ٢٤٥) .

(١) صرح النووي رحمه الله تعالى بالأصح ، فقال : ولا يثبت شيئاً بـامرأتين ويمين ، وعلق على ذلـك الشربيني فقال : في المال جزماً ، وفيما يقبل فيه النسوة منفردات في الأصح لعدم ورود ذلك ، وقيامهما مقـام رجل في غير ذلـك لوروده ، وقولـه في الأصح : يفهم منـه وجود قول آخر مقـابل لـه ، وهـو إشـارة إلى قـول الـزيـادي ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٣ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٣ ، شرح المحلي وحاشية قليوبي : ٤ / ٣٢٥ ، الروضة : ١١ / ٢٧٨) .

وهذا يخالف مذهب المالكيـة في أمرين : الأول : القضـاء بشهـادة المرأتين واليمين قيـاسـاً على الرجل واليمين في الأموال وما يؤول إليها ، والثاني : الاكتفاء بشهادة المرأتين وحدهما في عيوب النساء ومـا لا يطلع عليـه الرجـال ، وأن النصاب في شهادة النساء وحدهم عند المالكية اثنتان .

انظر تحقيق ذلك مع الاستدلال والمناقشة في (وسائل الإثبـات : ١ / ١٨٦ ، ١٩٩ ، ٢٠٤ ، حـاشيـة الـدسوقي : ٤ / ١٨٧ ، ١٨٨ ، تبصرة الحكام : ١ / ٢١٣ ، ٢٦٧ ، بلغة السالك لأقرب المسالك : ٢ / ٣٣٢ ، ٣٣٣ ، حاشية العـدوي : ٢ / ٣١٤ ، ٣١٥ ، قوانين الأحكام الشرعية : ٣٣٨ ، شرح ميارة على تحفة الحكام : ١ / ٩٦ وما بعدها ، البهجـة في شرح التحفة : ١ / ١١٢) .

(٢) في نسخة ف : المرأتين .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لحقه .

(٤) قـال النـووي : ومـا ثبت بهم (برجـل وامرأتين) ثبت برجـل ويمين إلا عيـوب النسـاء ونحـوهـا ، وذلـك كالرضاع فإنها لا تثبت بشاهد ويمين لأنها أمور خطرة بخلاف المـال ، (انظر : مغني المحتـاج : ٤ / ٤٤٣ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٢٥ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٥ ، الأم : ٦ / ٢٧٥ ، الروضة : ١١ / ٢٥٤) .

(٥) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وفي هامش الأصل : حكمه كذلك في الاستهلال .

الاستهلال قولٌ أنه لا يثبت إلا برجلين ، حكاه كذلك البغويُّ أيضا .

٤٨٥ ـ وأما عيوبُ النساء في الوجهِ والكفين ، قال الماورديُّ : لا تقبلُ فيه إلا شهادة الرجال دون النساء إجماعاً ، ذكره في الشهادات[١] ، وقال في الرهن إذا أرادَ المرتهن إثبات عيب في الرهنِ المشروط في البيع يثبت بالشاهد والمرأتين والشاهد واليمين .

٤٨٦ ـ واعلم أنَّ لنا من الأحكامِ مالا يُثْبِتُ أحدٌ موجَبَها بالشاهدِ واليمينِ ، والشاهدِ والمرأتين ، ويَثْبُتُ موجَبُها الآخر بها ، كما إذا شهد شاهدٌ وامرأتان على السرقة لم يثبت القطع ، ويثبت الغرم[٢] .

ولو شهدَ شاهدٌ وامرأتان مثلاً على حضور عقد النكاح لم يثبت (النكاح)[٣] ، ويثبت المهر[٤] ، ولو شهد للمرأة شاهدٌ واحدٌ (وطلبت أن تحلف معه ، فإن حلفت)[٥] ثبتَ المهرُ ، ولا يثبتُ النكاحُ ، هذا هو (المعمول به)[٦] ، وذكرَ الإمامُ في أواخرِ كتاب الرجعةِ أنَّ المرأةَ إذا ادعت على زوجها المهرَ ، وشهدَ لها (به)[٧] شاهدٌ واحد ، (حلفتْ)[٨] معه ، وقال : قالَ الشيخُ أبو علي : لا يثبتُ المهرُ ، لأنَّ النكاح لم يَثبتْ ، والمهرُ تبعٌ ، وقال الشيخُ أبو محمد : (يثبت ، والأول أفقه)[٩] .

---

(١) الحاوي ، له : ١٢ ق ١١٠ / ب ، مخطوط ، وانظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٣ ، الروضة : ١١ / ٢٥٤ .

(٢) انظر الروضة : ١١ / ٢٥٥ .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ٢٥٥ .

(٥) العبارة بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقطة من الأصل .

(٦) العبارة بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٧) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٨) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وخليت .

(٩) العبارة بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقطة من الأصل .

الفصل السادس[1]

في

شهادة الحسبة وما تقبل فيه

[تعريفها] :

٤٨٧ ـ وشهادةُ الحسبة : عبارةٌ عن أداء الشاهدِ شهادةً تحمَّلَها ابتداءً ، لا بطلبِ طالبٍ ولا بتقدُمِ دعوى مدعٍ .

ومعنى « حسبة » أي احتساباً لله تعالى ، وعليه حُمِلَ قولُه عليه السلام : « خَيْرُ الشُهودِ مَنْ شَهِدَ قَبْل أَنْ يُستشهدَ »[2] .

[ما تقبل فيه شهادة الحسبة] :

٤٨٨ ـ وتقبلُ شهادةُ الحسبة في حقوق الله تعالى ، كالزنا والشرب والسرقة وقطع الطريق والزكاة والكفارة والطلاق والعتاق والاستيلاد والوصية للفقراء ، والوقفِ عليهم ، وعلى عامةِ المسلمين ، وعلى القناطرِ والرباطات ،

---

(١) في الأصل وفي نسخة ف : الخامس ، وهو خطأ من الناسخ .

(٢) هذا معنى حديث رواه مسلم ومالك وأحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه عن زيد بن خالد الجهني أن رسول الله ﷺ قال : « ألا أخبركم بخير الشهداء ، الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها » وفي لفظ أحمد : « الذين يبدؤون بشهادتهم من غير أن يسألوا » وفي لفظ ثالث عند مالك وأبي داود : « أو يخبر بشهادته قبل أن يسألها » ، وفي رواية رابعة عند الترمذي : « خير الشهداء من أدى شهادته قبل أن يسألها » وقال : هذا حديث حسن غريب من هذا الوجه ، (انظر : صحيح مسلم بشرح النووي : ١٢ / ١٧ ، الموطأ : ٤٤٨ ، سنن أبي داود : ٢ / ٢٧٣ ، سبل السلام : ٤ / ١٢٦ ، التلخيص الحبير : ٤ / ٢٠٤ ، تحفة الأحوذي : ٦ / ٥٨٠ ، سنن ابن ماجه : ٢ / ٧٩٢) .

وهل تقبلُ (في)[1] الوقفِ على جماعةٍ معينين ؟ فيه وجهان ، (قال)[2] معظمُ الأصحاب : لا تقبلُ فيه شهادةُ الحسبةِ ، وإنْ قلنا : ينتقل إلى الله[3] (تعالى)[4] ، وتقبلُ شهادةُ الحسبةِ بتركِ [٧٧ / ب] الصلواتِ وبالعفوِ عن القصاص وبالعِدةِ والإيلاء والإحصانِ وحرمةِ المصاهرةِ والرَضاعِ ، وبأنَّ الصبيَ استكملَ خمسَ (عشرةَ)[5] سنةً ولم يُصلِّ ولا صَام ، وعلى إقرارِ رجلٍ بأنَّ عليه حجةَ الإسلام ، وهل تقبلُ في شراء الأبِ ؟ فيه وجهان ، وهل تقبلُ في التدبيرِ وتعليق العتق بصفةٍ ؟ فيه وجهان ، ولا تقبلُ في الكتابة إلا في النجمِ الأخيرِ بأنه أدّاه (فيعتق)[6] ، فتقبل .

وتقبلُ شهادةُ الحسبةِ في الخُلْعِ لإثباتِ الفِراق[7] ، لا لإثباتِ المال ، قال الإمامُ : ولا يبعدُ ثبوتُ المالِ تبعاً ، حتى لا (يبطلَ)[8] حقُ الزوج ، ولا يبعدُ ثبوتُ الطلاق ، ولا تثبتُ البينونةُ ، كما لو خالعَ محجوراً عليها لسفهٍ .

[سماع دعوى الحسبة] :

٤٨٩ ـ وكلُ ما تقبلُ فيه شهادةُ الحسبةِ ، هل تسمعُ فيه دعوى الحسبة ؟ المشهورُ لا تُسمعُ ، وبه قالَ الإمام[9] .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : على .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وقال .

(٣) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٣٧

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٥) في الأصل : عشر ، وهو خطأ ، وفي نسخة ف : خمسة عشر ، وهو خطأ أيضاً .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فعتق .

(٧) المعيار في قبول شهادة الحسبة أن تكون في حقوق الله تعالى المحضة ، كالصلاة والزكاة والصوم ، بأن يشهد بتركها ، وفيما لله فيه حق مؤكد ، وهو مالا يتأثر برضا الآدمي ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٣٧ ، الروضة : ١١ / ٢٤٣) .

(٨) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يتعطل .

(٩) انظر : الروضة : ١١ / ٢٤٤ .

وقال القاضي حسين : تقبل[1] دعوى الحسبة فيما تُقبل فيه شهادة الحسبة[2] .

٤٩٠ ـ قلتُ : لستُ أرَى لسماع دعوى الحسبة فائدةً ، لأنَّ الشهادة حسبةً تُقبلُ ، وفائدةُ الدعوى طلبُ إحلافِ المدعى عليه إنْ أنكرَ .

[اليمين في الزنا والشرب] :

٤٩١ ـ وقد قال ابنُ القاص : اتفقَ الشافعيُ وأبو حنيفة وصاحباه على أنه لا يمينَ في حدِ الزنا وشربِ الخمر[3] ، إلا في موضع واحدٍ اختلفوا فيه ، وهو أن يقرَ بما يوجبُ الحدَّ ، مثلَ وطء امرأةٍ أجنبية ، ثم يَدّعي الشبهةَ .

قال الشافعيُّ رضي الله عنه ، في اختلاف العراقيين : يحلفُ بالله ما وطئها إلا وهو يراها حلالاً ، (فيسقطُ)[4] الحدُ عنه حينئذ ، قال الشافعيُّ : ولا أقبلُ هذا إلا مِمَنْ يمكنُ أنْ يَجهلَ ، فأما من أهل الفقه فلا[5] .

وقال أبو حنيفة : لا يحلفُ في دعوى الشبهة ، بل يسقطُ الحدُ بدعوى الشبهة[6] .

وإذا كانَ على مذهبنا لا يمينَ إذا ادعى عليه أنَّه زنا أو شربَ الخمر ،

---

(١) في نسخة ف : تسمع .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ٢٤٤ .

(٣) انظر : نتائج الأفكار : ٦ / ٦٢ ، رد المحتار : ٥ / ٥٥١ ، لسان الحكام : ٢٨ ، وسائل الإثبات : ١ / ٣٧٧ .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ويسقط .

(٥) وعبارة الشافعي رحمه الله : وإذا وطئ الرجل جارية أمه فقال : ظننت أنها تحل لي ، فإن أبا حنيفة كان يقول : يدرأ عنه الحد ، فإذا أقر بذلك في مقام واحد أربع مرات لم يحد ، وبه يأخذ ، وعليه المهر ، . . . وإذا أصاب جارية أمه وقال : ظننتها تحل لي ، أحلف ما وطئها إلا وهو يراها حلالاً ، ثم دُرِئ عنه الحد ، وأغرم المهر ، فإن قال : قد علمت أنها حرام علي قبل الوطء حُدّ ، ولا يقبل هذا إلا ممن أمكن فيه أنه يجهل مثل هذا ، فأما من أهل الفقه فلا ، (الأم : ٧ / ١٥٠) .

(٦) المراجع السابقة في هامش ٣ .

وأنكرَ ، ولم يدَّعِ (عليه)[1] شيئاً أصلاً من شبهةٍ ولا غيرها ، فأيُ فائدةٍ للدعوى عليه بذلك فقط ؟ ولا يمكنُ القضاءُ عليه بالنكولِ عندَنا في هذا أصلاً ، فثبتَ أنه لا فائدة في سماع دعوى الحسبةِ .

وقد قال الإمام : دعوى الإنسان على غيره أنَّه أعتقَ مِلكَ نفسِه غيرُ مسموعةٍ ، نعم ، تُقْبلُ عليه شهادةُ (الحسبةِ)[2] أنه أعتقه .

[الستر في حدود الله] :

٤٩٢ ـ واعلم أنَّ كلَ ما تُقبل فيه شهادةُ الحسبةِ ، مما هو من حدودِ الله تعالى ، فالمستحَبُ للشاهدِ أنْ لا يشهدَ بهِ ، لأنه مندوبٌ إلى سترهِ[3] ، وما كانَ من قِبَل طلاقٍ[4] وقصاصٍ ورَضاعٍ ، [٧٨ / أ] وعتق وما يُفضي إليه ، وعفو عن قصاصٍ ووقفٍ وغيرِ ذلك ، يُستحب للشاهد إظهارُه ، والشهادةُ به ، إنْ لم يتعينْ عليه ، وإن تعينَ وجبَ[5] .

وذكر أصحابُنا : أنَّ كلَ مالا تقبلُ فيه شهادةُ الحسبةِ ، وهو ما عدا ما ذكرناه ، من الديون والبيع والشراء والإقرار والخُلع والعقود والفسوخ وغير ذلك ، فكل هذا لا تُقبل فيه شهادةُ الحسبةِ ، ولكنْ إذا لم يَعلمْ صاحبُ الحقِ بشيء منه مثل الإتلافِ ، مثلاً : إذا أتلفَ مُتلفٌ مالاً لإنسان ولم يعلم المالك به ، وشاهدَه شاهدٌ ، وهو يتلفه ، (تُقبل)[6] فيه شهادة الحسبة ، ذكرَ هذا

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الحسابة ، وهو تصحيف .

(٣) انظر : شرح المحلي : ٤ / ٣٢٣ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٠٧ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٣٧ ، المهذب : ٢ / ٣٢٤ ، وهذا أمر متفق عليه بين الفقهاء ، (انظر : وسائل الإثبات : ١ / ١٠٩ هامش ٥) .

(٤) في نسخة ف : وما كان من قتل وطلاق .

(٥) المراجع السابقة في رقم ٣ .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فقبل .

جماعةٌ ، منهم الشيخ أبو علي ، ولم أَرَه ذكر فيه خلافاً ، وفيه نظرٌ ظاهرٌ ، إذ كانَ يمكن أنْ يُكلِّفَ الشاهدُ إعلامَ المالكِ بذلك إنْ أمكنه ، (أو إعلامَ)[1] وكيله ، حتى يدّعي على المتلف ، ثم يَشهد الشاهد بعد الدعوى ، فهذا أولى من قبولِ شهادةِ حسبة في مالٍ من غيرِ دعوى[2] ، مع إمكان الدعوى[3] .

[الشهادة قبل الدعوى في غير الحسبة] :

٤٩٣ ـ ومتى شهدَ الشاهدُ حسبةً فيما لا تقبل فيه شهادةُ الحسبةِ ، قَبْلَ تقدم دعوى مدع ، وقبلَ طلبِ أداءِ الشهادة منه ، لم تُسمعْ شهادتُه التي أدَّاها ، وهل يصيرُ مجروحاً بذلك ؟ فيه وجهان ، ذكرَهما الأصحاب ، منهم من قالَ : نعم ، حتى لو ادّعى المدعي بمضمونِ شهادةِ الشاهدِ التي ابتدرَ أداءَها قبلَ الدعوى ، وطلبَ منه أداءَها ، لم تُسمعْ شهادَتُه بها ، ولا في غيرها ، لأنَّ ابتدارَه لها يدلُّ على حِرْصٍ على الشهادةِ ، ويجرُ تهمةً إليه ، والثاني : لا يصيرُ مجروحاً[4] ، ومتى أدّاها بعدَ دعوى وطلبٍ ، سُمعت شهادتُه ، لأنَّ هذا يقعُ في محلِ التسامحِ ، وقد يجهلهُ الشاهد ، ولا يقصدُ به حِرصاً ، ولا يلحقه به تهمةٌ .

٤٩٤ ـ وعندي : أنه يمكن أن يُفرَّقَ في هذا بين العاميِ الجاهل المعذورِ في جهله ، وبين الفقيه العالمِ بعدمِ سَوغانه ، فلا يُعذر .

---

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : وإعلام .

(٢) اللفظ من نسخة ف : من غير ذي دعوى .

(٣) وهذا ما نص عليه المتأخرون ، قال الرملي ، مبيناً ما يشمله الحديث الشريف الذي جعل المبادر للشهادة قبل الطلب من خير الشهود ، قال : محمول على ما تقبل فيه شهادة الحسبة . . . أو على من عنده شهادة لا يعلمها فيندب له إعلامه ليطلبها منه ، بل لو قيل بوجوبه عند انحصار الأمر فيه لم يبعد ، (نهاية المحتاج : ٨ / ٣٠٥) ، وذلك خشية ضياع الحق ، فيذهب إلى صاحبه ويخبره أنه شاهد له في ذلك ، (انظر : الروضة : ١١ / ٢٤٤ ، ووسائل الإثبات : ١ / ٢٧ وما بعدها) .

(٤) وهذا ما رجحه الشيخ قليوبي ، فقال : ولو أعاد المبادر شهادته قبلت ، (حاشية قليوبي : ٤ / ٣٢٣) .

الفصل السَّابع[1]

في

شهادة النفي

وفيه صور

الأولى : شهادة الإفلاس :

٤٩٥ ـ أجمعَ الأصحابُ على قبولِ شهادةِ الأفلاس والإعسارِ ، وهي في الحقيقة شهادةُ نفيٍ .

ثم إنْ كانت البينةُ تشهدُ بتلفِ مالِه ، بحريقٍ أو غَرَقٍ أو غيره[2] ، لم يحتج إلى أن يكون من أهلِ الخبرة الباطنة ، هكذا قاله الشيخُ أبو علي ، قالَ : لأنَّ الناسَّ كلَّهم في ذلك سواءٌ .

وإنْ شهدتْ بإفلاسهِ من غيرِ ذكرِ سببٍ ، فلا بدَّ من أنْ يكونوا من أهلِ الخبرةِ [٧٨ / ب] الباطنةِ .

٤٩٦ ـ وعندي أن هذا التفصيل (على)[3] إطلاقه زللٌ ، مع أنه لم يذكره غيرُه ، فيما أعلم ، لأنَّه إنْ (شهدَ بأنَّ)[4] جميعَ ماله تلفَ بالنار مثلاً ،

---

(١) في الأصل وفي نسخة ف : السادس ، وهو خطأ .

(٢) العبارة في نسخة ف : لحرق أو غرق أو غير ذلك .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : في .

(٤) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : أشهد أن .

فمن أين يعلمُ أنَّ هذا التالفَ هو كل ماله ، إن لم يَخْبَرْهُ خبرةً باطنةً ، ويقولُ في شهادته : أشهد أنَّ هذا المالَ الذي حَرَقَتْه[1] النارُ هو كل ما يملكهُ ، وحَرَقَتْه النار مشاهدةً ، فلا بدَّ وأنْ يكونَ الشاهدُ خبيراً بباطنِ حاله في الصورتين ، وهذا الإشكال فيه ، إنما الشاهدُ بمجردِ الحريق ومشاهدتهِ لا يحتاج إلى خبرةٍ باطنة ، لكنْ من أينَ يعلمُ أنه هو كلُ ما يملكه ، إنْ لم يشهدْ به الشاهدُ بالحريق ، أو غيرُه .

فعلى هذا إن كانَ الشاهدُ بهما ، أعني بأنَّ التالفَ هو كلُ ماله ، وأنَّ النارَ أحرقته ، فلا بدَّ أن يكون من أهلِ الخبرةِ الباطنةِ به لتقبلَ شهادتُه بأنَّه كلُّ مالهِ ، وإنْ كانَ الشاهدُ بالتلفِ غيرَ الشاهد بأنّه كلُّ مالهِ ، فالشاهدُ بالتلفِ لا يحتاجُ إلى خبرةٍ باطنةٍ ، والشاهدُ بأنَّه جميعُ ماله ، لا بدَّ وأنْ[2] يكون من أهلِ الخبرةِ الباطنة به ، وهذا حسنٌ فقيهٌ .

والممكنُ في تصحيحِ كلامِ الشيخ أبي علي تنزيلُه[3] على ما إذا كان المشهودُ بإفلاسه لم يُعهدْ له مالٌ سوى عينٍ واحدة مثلاً ، وقلنا : إنَّ الأصلَ في الناس الإعسارُ ، فشهد شاهدان أنَّ تلك العينَ التي لم يَعْهد أحدٌ له مالاً سواها أنها احترقت ، ففي هذه الصورة يأتي ما قاله الشيخ .

[صورة شهادة الإعسار] :

٤٩٧ - ثم صورةُ الشهادةِ (على)[4] الإعسارِ أنْ يقولَ : أشهدُ أنه معْسِرٌ ، لا يملكُ إلا ثيابَ بدنِه ، وقوتَ يومه ، ولا يحتاجُ أن يقولَ (وهو)[5] منْ أهلِ

---

(١) في نسخة ف : أحرقته .

(٢) في نسخة ف : أن .

(٣) في نسخة ف : بتنزيله .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : في .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : هو .

الصدقة ، فإنْ قاله لم يَضُر ، قاله البغويُّ .

وقال المتولي : يقولُ : أشهدُ أنه مُعْدَمٌ أو مقتَّرٌ أو مُعْسِرٌ ، وإن أضافَ إليه : أنّه مستحِقُ الصدقةِ جاز ، ولا يشهدُ فيقولُ : أشهدُ أنَّه لا مالَ له ، لأجل صيغة النفي ، هذا كلامه .

٤٩٨ ـ **وأنا أقول** : إن أضافَ الشاهد إلى هذا[١] وأنا خبيرٌ بباطنِ حاله ، فحسنٌ ، وإنْ لم يُضِفْ ، فإنْ كانَ فقيهاً يغلبُ على ظنِ الحاكمِ أنّه لم يشهدْ إلا بعدَ تقدُّمِ خبرةٍ باطنةٍ به ، فله أن يستفسرَه عن ذلك ، وله أن يسكتَ ، اعتماداً على غلبةِ ظنه بعلمه ، وإنْ استجهله الحاكمُ (أو ارتابَ)[٢] منه ، فلا بدَّ من سؤاله واستفصاله ، هل هو خبيرٌ بباطِنِ حاله أمْ لا ؟

[الاستفصال عن الشهادة] :

٤٩٩ ـ ومتى استفصلهُ الحاكمُ وسألَه وجبَ عليه التفصيلُ ، فإنْ أجابَه بأنَّه خبيرٌ [٧٩ / أ] بباطِنه[٣] ، أمضى شهادَته ، وإنْ أجابَه بعدمِ ذلك لم يَعمل بشهادته ، وإن سكتَ ولم يُجبْ ، والفرضُ أنّه جاهلٌ ، لم يُمضِ شهادته أصلاً ، بخلاف العالمِ إذا سأله فسكتَ ، أمضاها .

[إثبات الإعسار] :

٥٠٠ ـ والإعسارُ يثبت بعدلين فقط في وجهٍ هو الأصح[٤] ، وفي وجهٍ لا يثبتُ إلا بثلاثةِ عُدُولِ ذكورٍ ، [وفي وجه][٥] يثبتُ بالشاهدِ والمرأتين

---

(١) العبارة في نسخة ف فيها زيادة ، وهي : إن أضاف الشاهد فيقول : أشهد أنه لا مال له إلا هذا .

(٢) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : وارتاب .

(٣) العبارة في نسخة ف كما يلي : فإن أجابه بأن له خبرة بباطن حاله .

(٤) العبارة في نسخة ف : في الوجه الأصح .

(٥) العبارة من عندي ، وفي الأصل وفي نسخة ف : ووجه .

(والشاهدِ واليمين)[1] ، فحصل ثلاثة أوجهٍ ، تقدم ذكرُها في مراتب الشهادة[2] .

الصورة الثانية : شهادة البينة أنْ لا وارثَ له سواه :

٥٠١ ـ فتقبلُ قولاً واحداً ، لكن (لا)[3] بهذا اللفظِ ، بل يشهدُ أنَّه لا يعلمُ له وارثاً سواه ، مع خبرته بباطنِ أحوالِه في سفرِه وحضرِه ، وتغييرات أموره ، فلا بد من هذا قطعاً .

٥٠٢ ـ فإنْ قالَ : أشهدُ أنْ لا وارثَ له سواه ، وقطعَ[4] بالنفي ، قال الأصحابُ : سألهُ الحاكمُ عن جزمهِ بالنفي ، ما سببُه ؟ فإنْ قالَ : عَنَيْتُ بقولي : لا وارثَ له سواه ، أنّي لا أعلمُ له وارثاً سواه ، مع خبرتي بباطنِ حاله ، قَبِل الحاكمُ شهادته ، وقالَ له : أصبتَ في المعنى ، وأخطأتَ في اللفظ .

٥٠٣ ـ وإنْ قالَ : أنا جازمٌ بأنَّه لا وارثَ له سواه قطعاً ، هل يقبلُ الحاكمُ شهادته ؟ فيه وجهان ، وجهُ عدم القبول ظهورُ كذبه ، فإنه من أين يعلم جزماً قطعياً أنه لا وارثَ له سواه ، (معَ)[5] أنَّ الميتَ يمكنُ أنْ يكونَ (قد)[6] تزوج في مكان بعيد ، أو تسرَّى ، أو وطىء بشبهةٍ ، مع بعد المسافاتِ ، وكثرةِ الأسفارِ ، ووجهُ القبولِ ـ ولعلَّه الأصحُ ـ أنَّه يمكنُ أنْ يكونَ

---

(١) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٢) فقرة ٤٧٩ .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٤) في نسخة ف : فقطع .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : منع .

(٦) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

مشاهِداً أحوالَه في متقلباته ، وسفره وحضرِه ، وعلم بقرائنَ قطعيةٍ أفادتْه العلمَ بذلك[1] .

٥٠٤ ـ ولو صوّر مصورٌ صورةً أفادتِ القطعَ بذلك لم يكن بعيداً ، كما لو حَبَسه مع امرأة ، وهما صغيران في بيتٍ ، وقَفَلَ عليهما ، وقطعَ بأنَّه لم يصِل أحدٌ إليهما بملازمتِه بابَ البيتِ ، ثم مضتْ مدةٌ أمكنَ فيها البلوغُ والوطءُ والحملُ والولادةُ ، فإذا ولدت ولداً واحداً ، قطع بأنه منه ، بناءً على جريان العادة ، ثم شاهدها ولم تلد مع الولدِ غيرَه ، ومات الأبوان في الحالِ[2] ، عقيبَ الولادةِ ، فهنا يقطعُ بأنه لا وارثَ لهذا الأب الميتِ سوى هذا الولد .

٥٠٥ ـ ولا مبالاةَ بما (يفترضُه)[3] بعضُ المُهَوَّسِين من الحنفية ، بأن يقول : أمكنَ أنْ يكون دخلَ إلى المرأة أجنبيٌّ بالسحر فوطئها فأتت منه بهذا الولد ، أو بالكرامة فوطئها بالشبهة ، أو أمكن أن [٧٩ / ب] يكونَ هذا الوالدُ خرج من الباب بسحرٍ ، إنْ كان من أهله ، أو بكرامةٍ ، إن كان من أهلها ، ووطئ إمرأةً أخرى بشبهة ، أو بعقدِ نكاح ، أو شراءٍ ، وأحبلها ، وأتت منه بولدٍ لم يشاهده هذا الشاهد المعتني بأمرهما ، والمراقبُ لحالها ، ولا شعر بخروجِ الأبِ من البيت ، مع كون بابه مغلقاً مقفلا ، فهذا الفرضُ يكادُ يكون سَفْسَطةً ، ومكابرةً في المحسوسِ على مالا يخفى .

ثم إذا قالَ : أشهدُ أنَّه لا وارثَ له سواه ، وجزم بالنفي ، وسأله الحاكمُ ،

---

(١) قال الشافعي رحمه الله تعالى : وتجوز الشهادة أنهم لا يعرفون له وارثاً غير فلان ، إذا كانوا من أهل المعرفة الباطنة . . . وإن قالوا : لا وارث له غيره ، قبلت على معنى لا نعلم ، فإن كان ذلك منهم على الإحاطة كان خطأ ، ولم أردُّهم به لأنه يؤول بهم إلى العلم ، (مختصر المزني : ٣ / ٣١ ـ ٣٢) ، وانظر الأشباه والنظائر ، السيوطي : ٤٩٢ .

(٢) العبارة في نسخة ف : ومات الوالدان في حال .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يفرضه .

فقالَ : علمت ذلك قطعاً ، وقلنا : لا تقبل شهادته بذلك ، هل يصير مجروحاً في غيرها ؟ فيه وجهان مشهوران .

الصورة الثالثة : [بينة النفي في وقتٍ معين] :

٥٠٦ ـ إذا ادّعى رجلٌ على رجل أنه قتَل أباه مثلا ، عند بروزِ قرص الشمس من اليومِ الفلاني ، أو أنَّه أتلفَ عليه ماله في ذلك الوقت ، أو باعه ، أو أسلَم إليه[١] ، والمقصودُ أنه أضافَ الدعوى إلى وقتٍ معين ، أو قال كذا ، مثل : إنْ قالت الزوجةُ : تلفظ بطلاقي[٢] في الوقتِ الفلاني ، فشهدت له بينةٌ بأنَّه ما قتل في ذلك الوقت المدعى به ، ولا أتلفَ ، ولا باع ولا تَسَلَّم ولا طلَّقَ ، أو ولا تلفظَ بالطلاقِ في ذلك الوقت ، هل تسمعُ شهادتُه ؟ وقد شهدَ بالنفي المضافِ إلى وقتٍ مخصوصٍ معيَّن ؟ فيه وجهان ، حكاهما الإمامُ وغيرُه ، أحدُهما : لا تسمعُ سداً للباب ، واحتياطاً للشهادة ، لاضطرابِ النفي ، وعدمِ الإحاطة به في الجملة ، والثاني : تُسمعُ ، وهو الأقيس[٣] ، لإمكانِ الإحاطةِ به في فرضنا هذا ، لأنَّ الشاهدَ يقول : كنتُ مجالساً له قبيل[٤] طلوعِ الشمسِ من ذلك اليوم ، ماسكاً بيده ، مراقباً له[٥] ، فما نطقَ بكلمةٍ ولا بحرفٍ ، ولا فعلَ فعلا ، ولا تحرَّك بحركةٍ ، وعيناي شاخصةٌ إليه ، ملاحظةٌ له ، آناً فآناً[٦] ، إلى

---

(١) من السلم ، وفي نسخة ف : سلّم إليه ، من تسليم المبيع مثلا .

(٢) في نسخة ف : بالطلاق .

(٣) وهو الراجح ، قال السيوطي : الشهادة على النفي لا تقبل إلا . . . أن يضيفه إلى وقت مخصوص ، كأن يدعي عليه بقتل أو إتلاف أو طلاق في وقت كذا ، فيشهد له بأنه ما فعل ذلك في هذا الوقت ، فإنها تقبل على الأصح ، (الأشباه والنظائر : ٤٩٢) ، وانظر حكم شهادة النفي والقواعد التي استنبطها الفقهاء في القبول وعدمه ، وحالات قبولها ، في (وسائل الإثبات : ١ / ٦٠٧ وما بعدها) .

(٤) العبارة في نسخة ف : كنت في مجالسة قبل .

(٥) في نسخة ف : فمه .

(٦) في نسخة ف : أياماً .

أن طلعتِ الشمسُ ، وانتشرتِ وعَلَت ، فهذا ممكنٌ محصورٌ ، فينبغي أن يُسمعَ .

والعراقيون منعوا[1] قبولَ شهادةِ النفي مُطلقاً ، ولم يذكروا خلافاً في النفي المضافِ إلى وقتٍ مخصوص معين .

[النفي المطلق] :

٥٠٧ ـ ولا خلافَ أنَّ النفيَّ المطلقَ لا تُسمعُ الشهادةُ به ، لعدمِ الإحاطةِ به (والله أعلم)[2] .

☆ ☆ ☆

(١) في نسخة ف : يمنعون .

(٢) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

الفصل الثامن[1]

في

[تلفيق الشهادة]

ما يمكن تلفيقُه في شهادةِ شاهدين ، وما لا يمكنُ ، وفيه صور .

الأولى : [الاختلاف في السبب] :

٥٠٨ ـ إذا شهدَ شاهدٌ على إقرارِ مِقرٍ بدينٍ ، قدرُه عشرون درهماً ، وشهدَ آخرُ على أنه أتلفَ عليه ثوباً ، قيمتُه عشرون درهماً ، لم تتلفقِ الشهادتان .

وهكذا إذا [٨٠ / أ] شهدَ شاهدٌ أنَّه حضرَ عقدَ بيعٍ وشراءٍ بينهما ، وشهدَ آخر على إقرارِهما بذلك البيعِ والشراء ، لم تتلفقِ الشهادتان ، بل يحلفُ المشهودُ له مع أي شاهديه اختار ، إذا كانَ الحقُ المشهودُ به مما يثبتُ بالشاهد واليمين .

الثانية : [حضور العقد والإقرار به] :

٥٠٩ ـ إذا شهدَ شاهدٌ أنَّه حضرَ عقد نكاحٍ بينهما ، وشهدَ آخر على إقرارهما به ، لم تتلفقْ شهادتهما .

ولو شهدَ شاهدٌ واحدٌ أنه سرقَ منه ، مع طلوع الشمس ، كيساً أبيض ، وشهدَ آخرُ أنه سرق منه مع طلوع الشمس كيساً [أسود][2] في ذلك الزمن بعينه ، قال الماورديُّ : اختلف أصحابنا في هذا الاختلافِ ، هل يكون

---

(١) في الأصل وفي نسخة ف : السابع ، وهو خطأ .

(٢) في نسخة الأصل : أبيض ، وهو خطأ ، ولم تذكر نسخة ف لفظ « أبيض » في الشهادتين .

تعارضاً ، فيوجبُ سقوطَها ، كما تتعارضُ البينتان الكاملتان ؟ على وجهين ، أحدهما : تتعارضُ ، فعلى هذا ليس للمسروقِ منه أنْ يحلفَ مع واحدٍ من الشاهدين ، لسقوطِ شهادتها بالتعارضِ . والثاني : وهو قولُ أبي حامد الإسفراييني ، لاتعارضَ ، لأن التعارضَ يكونُ في البينةِ الكاملةِ ، لا الناقصةِ ، فعلى هذا إنْ كانَ الاختلافُ في السرقة المعينة في زمانين ، حلفَ مع أيّهما شاء ، واستحقَ كيساً واحداً ، وإن كان الاختلافُ في الزمنِ المعين في سرقتين ، كان له أنْ يحلفَ مع كل واحدٍ منهما ، ويستحق كيسين .

الثالثة : [الاختلاف في الزمان] :

٥١٠ ـ إذا شهدَ شاهدٌ أنَّه سرقَ من هذا البيتِ كيساً غُدوةً ، وشهد آخرُ أنه سَرَقَه منه عشيةً ، لم تتلفق .

وكذا إذا وصفَ أحدُهما الكيسَ ببياضٍ ، ووصفه الآخرُ بسوادٍ ، لم تتلفقِ الشهادتان ، ويحلفُ مع أيّ شاهديه اختار[1] .

[تعارض البينتين في الزمان] :

٥١١ ـ أما إذا شهدَ شاهدان أنَّه سرقَ من رجلٍ كيساً غُدوةً ، وشهدَ آخرانِ أنَّه سرقَ منه ذلك الكيسَ عشيةً ، تعارضتا وسقطتا[2] .

[تعارض البينتين في اللون] :

٥١٢ ـ وكذلك إذا شهدَ شاهدان أنّه سرقَ كيساً أسودَ غُدْوةً ، وشهد آخران أنه سَرَقَهُ غُدوَةً ، ولكنْ لونه أبيضّ ، تعارضتا وتساقطتا (أيضا)[3] ، (لأن

---

(١) انظر : المهذب : ٢ / ٢٤٠ .

(٢) انظر : المهذب : ٢ / ٣٤٠ ، وتكاد تكون العبارة واحدة بينهما ، لكن الثانية في تعارض البينات .

(٣) اللفظ بين القوسين من هامش الأصل .

كل واحدةٍ من البينتين حُجةٌ بانفرادِها ، فإذا تعارضتا سقطتا)[1] .

بخلاف ما إذا شهدَ شاهدٌ واحد بصفةٍ ، وشهد آخرُ بصفةٍ أخرى ، فإنَّ كل شاهد واحد ليس حجةً بانفراده[2] ، فلم يسقُطا بالإجماع .

الرابعة : [البينتان في زمانين] :

٥١٣ ـ إذا شهدَ شاهدان أنَّه سرقَ منه كيساً غُدْوةً ، وشهدَ آخران أنه سرق منه كيساً عشيةً ، ثبتَ له [٨٠ / ب] كيسان[3] .

ولو شهدَ شاهدٌ واحدٌ أنَّه سرقَ منه كيساً ، وشهدَ آخرُ أنَّه سرقَ منه كيسين ، ثبتَ له كيسٌ واحد بشهادتِها ، (ويحلفُ)[4] مع الشاهدِ الثاني ، ويستحقُ (كيساً)[5] ثانياً .

ذكره القاضي أبو الطيب ، وقالَ : قد نصَّ الشافعيُ رضي الله عنه على مثلِ هذا ، فقال : لو شهدَ شاهدان لرجلٍ على رجلٍ بألفِ درهم ، وشهد آخرُ بأنَّ له عليه ألفاً وخمسمائة ، ثبتَ له ألفٌ بشهادتهما ، ويحلفُ مع شاهده الثاني ، ويستحق خمسمائة[6] .

وهكذا ذكره الشيخُ أبو علي ، فقالَ : لو ادَّعى عليه ألفاً ، فشهدَ له شاهدٌ بألفٍ ، وآخرُ بخمسمائة ، أو ادّعى ألفين ، فشهدَ بهما شاهدٌ[7] ، وشهد آخرُ

---

(١) في الأصل تكررت العبارة ما بين القوسين مع زيادة حرف خطأ ، وهي : لأن كل واحد من البينتين حجة بانفرادها ، فإذا تعارضتا وتساقطتا .

(٢) في نسخة ف : على انفراده .

(٣) وجب الحد والغرم فيهما ، لأنه كملت بينة الحد والغرم ، (انظر المهذب : ٢ / ٣٤٠) .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : حلف .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٦) مختصر المزني : ٣ / ٢٦ .

(٧) في نسخة ف زيادة : واحد .

بـألف ، ثبتَ الأقـلُ بشهـادتها ، ولـه أن يحلفَ مـع من شهـدَ بـالـزيـادةِ لاستحقاقها ، ولم يحك فيها خلافاً[1] ، لكنه قالَ : هذا إذا أطلقا ، أو أضافا إلى جهةٍ واحدةٍ ، فأمّا إن أضافا إلى جهتين مختلفتين ، فهما شهادتان مختلفتان ، فلا تثبتُ واحـدةٌ منهما ، بل لـه أنْ يحلفَ مع كلِ واحـدٍ منهما ، ولـه أن يحلفَ مع أيهما شاء .

وقالَ الإمامُ : إذا شهدَ للمدعي شاهدٌ أنَّ المـدعى عليـه أخـذ منـه ثوبـاً ، قيمتُه دينارٌ ، وشهدَ آخرُ أنَّه أخذَ منه ذلك الثوبَ ، وقيمتُه نصفُ دينارٍ ، فـأرادَ المدعي أنْ يحلفَ مع شاهد الدينار ، هل له أن يحلفَ ويَثْبُتَ بشـاهـدٍ ويمين ؟ فيه وجهـان ، ذكرهمـا صـاحبُ « التقريب »[2] ، أحـدُهمـا : بلى ، كما لو شهـد أحدُهما أنَّه أخذَ منه ديناراً ، وشهدَ الآخرُ أنهُ أخذَ منه نصفَ دينـار ، فـإنَّ لـه أنْ يحلفَ مـع شـاهـدِ الـدينـار ، ويـأخـذَه كامـلاً ، والثـاني : (لا)[3] ، لأنَّ الشاهدين اختلفا في القيمةِ ، واتفقا على ثوبٍ واحدٍ فتناقضَ قولاهـمـا ، فضعُفَتْ شهادةُ الشاهدِ بالدينار ، فلمْ تصلح لتقويةِ جنبةِ المـدعي ، بخلافِ مـا إذا شهـدَ شاهدٌ بدينار ، وآخرُ بنصفِ دينارٍ ، فإنَّه لا تناقضَ بين القولين ، ذكرَ هـذا في آخر باب الشهادة على الوصية[4] .

الخامسة : [الغصب في وقتين أو في مكانين] :

٥١٤ ـ إذا شهدَ شـاهـدٌ أنـه غصبَ دارَ فلانٍ يومَ الخميس ، وشهـدَ آخرُ أنَّـه

---

(١) المهذب : ٢ / ٣٣٩ .

(٢) سبقت ترجمته صفحة ١٠٢ ، وهو القاسم بن محمد بن علي الشاشي .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٤) ذكر الشيرازي هذه المسألة وبين لها حكماً واحداً ، ولم يذكر خلافاً فيه ، فقال : « وإن شهد شاهد أنه سرق ثوباً وقيمته ثُمْن دينار ، وشهد آخر أنه سرق ذلك الثوب وقيمته ربع دينار ، لم يجب القطع ، لأنه لم تكمل بينـة الحد ، ووجب له الثمن ، لأنه اتفق عليه الشاهدان ، وله أنِ يحلف على الثمن الآخر ، ويحكم له ، لأنه انفرد به شـاهـد ، فقضى به مع اليمين » ، (المهذب : ٢ / ٣٤٠) .

غصبها يومَ الجمعة ، أو شهدَ أحدُهما أنَّه غصبَ دارَه بالكوفةِ ، وشهدَ الآخرُ أنَّه غصبَ دارَه بالبصرةِ ، لم يثبتِ الغصبُ ، لأنَّه شهادةٌ على الفعلِ ، ولم يتفقا عليه[1] .

وقال أبو القاسم الداركيُّ : يثبت الغصبُ .

قال الشيخُ أبو عليّ : (وهذه)[2] غفلةٌ منه رحمه الله .

السادسة : [الشهادة على القتل في وقتين أو في زمانين] :

٥١٥ ـ إذا شهدَ شاهدٌ أنه قتل فلاناً غُدوةً ، وشهد آخرُ أنَّه قتله عشيةً ، [٨١ / أ] أو شهد شاهدٌ أنَّه قتلَه يومَ الخميس ، وشهدَ آخر أنَّه قتله يومَ الجمعة ، أو شهد شاهدٌ أنَّه قتله ببغدادَ ، وشهدَ آخرُ أنَّه قتلَه بالبصرةِ ، لم تتلفقِ[3] الشهادتان ، ولا يُجمع بينهما ، وكذلك حكمُ القذف .

[الشهادة على الإقرار في زمانين] :

٥١٦ ـ أما إذا شهد شاهد أنه أقرّ غدوة أنَّه قتلَ فلاناً ، أو قذفه ، وشهدَ آخرُ أنَّه أقرَّ عشيةً أنه قتله ، أو قذفه ، أو شهدَ أحدُهما أنَّه أقرَّ يوم الخميس أنَّه قتلَ فلاناً أو قذفه ، وشهدَ آخر أنه أقر يوم الجمعة أنَّه قتله أو قذفه ، جُمع بينهما ، وتلفقتا ، ويثبتُ القتل والقذف ، لأنَّ اختلافَ تاريخِ الإقرارِ لا يوجِبُ اختلافَ المقرِ به[4] ، واختلافُ وقت الفعلِ يُوجِبُ اختلافَ الفعلِ .

---

(١) انظر أحكام الاختلاف بين الشاهدين في الزمان والمكان في الأفعال مع المقارنة وبيان المراجع في (وسائل الإثبات : ٢ / ٧٩٥) .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وهذا .

(٣) في نسخة ف : تلفق .

(٤) وكذلك سائر الأقارير ، لأنه لا تناقض بينهما ، ويحتمل أن يكون المقر ، أقر مرتين ، ويكون الإقرار الثاني تأكيداً للأول ، انظر الاختلاف في الزمان والمكان في الأقوال (المرجع السابق ، هامش ١ ، والمهذب : ٢ / ٣٤٠) .

ومثلُ هذا ما لو شهدَ شاهدٌ أنَّه أقرَّ غُدوةً أنَّه سرقَ كيساً ، وشهدَ الآخرُ أنَّه أقرّ عَشيةً أنَّه سرق كيساً ، تلفقتا ، وثبتَ[1] القطعُ والمالُ .

٥١٧ ـ أما إذا شهدَ شاهدٌ واحدٌ أنَّه أقرَّ أنَّه قتلَ فلاناً يومَ الخميس ، وشهدَ آخرُ أنَّه أقر أنه قتلَه يوم الجمعة ، هل تتلفق[2] شهادتها ، ويُحكم بها ، ذكر الإصطخري وجهين .

ومِثْلُ ذلك لو شهدَ أحدُهما أنَّه أقر عنده بالعربيةِ أنَّه قذف فلاناً ، وشهد الآخر أنَّه أقر عنده بالفارسية أنَّه قذفه ، تلفقتا ، وثبت القذفُ[3] ، فلو شهد أحدهما أنه أقر أنه قذف فلاناً بالعربية ، وشهد الآخر أنه أقر أنه قذفَ فلاناً بالفارسية ، هل يُحكم بهذه الشهادة ؟ فيه الوجهان المذكوران ، هذا ذكره الشيخ أبو علي .

وقال الماورديُّ : إذا شهدَ أحدُهما أنه قذفه بالعربية ، وقال الآخر : إنه قذفه بالفارسية ، لم تتلفق الشهادتان ، إنْ كانت على سماع القذفِ[4] ، وإن كانت على إقرار القاذف أنه أقر عند أحدِهما أنه قذفه بالعربية ، وأقر عند الآخر أنه قذفه بالفارسية ، ذكر أبو سعيد الإصطخري وجهين ، أحدُهما : أنّهما قذفان ، لا تتم الشهادةُ بواحدٍ منهما ، والثاني : أن الشهادة كاملة .

وقال الماورديُّ : ولا أجدُ للفرق بينهما وجهاً .

وقال[5] الإمام : إذا شهد شاهدٌ أنه قذف زيداً بالعربية ، وشهدَ آخر أنَّه

---

(١) في نسخة ف : ويثبت .
(٢) في نسخة ف : تلفق .
(٣) انظر : المهذب : ٢ / ٣٤٠ .
(٤) المرجع السابق .
(٥) في نسخة ف : قال .

قذفه بالعجمية ، أو شهدَ واحدٌ أنه قذفه يومَ السبتِ ، وشهد آخرُ أنَّه قذفه يومَ الأحد ، لم تتلفقِ الشهادتان[1] ، ولو شهد واحدٌ أنَّه أقرَّ بالعربية أنَّه قذف ، وشهدَ آخر أنَّه أقرَّ بالعجمية أنَّه قذف ، تلفقت الشهادتان .

ولو شهدَ واحدٌ أنَّه طلَّقَ يومَ السبت طلقةً ، وشهد آخرُ أنَّه طلقَ يومَ الأحد طلقةً ، لم تتلفقِ الشهادتان ، ولا يثبتُ بشهادتِها شيءٌ ، نصَّ الشافعيُّ [٨١ / ب] عليه ، وقالَ : إذا شهدَ واحدٌ على إقراره بالغصب يومَ السبت ، والتاريخُ للإقرار ، لا للغصبِ ، وشهدَ آخر على إقرارِه بالغصبِ يومَ الأحد ، والتاريخُ للإقرار ، لا للغصب ، قال الشافعيُّ : يثبت المقر به .

قال صاحبُ « التقريب » : من أصحابِنا من جعلَ في هاتين المسألتين قولين بالنقل والتخريج ، فجعل في الإقرارين قولَين ، وفي الطلاقين [قولين][2] .

قالَ الإمامُ : أمَّا الخلافُ في الإقرارين فبعيدٌ جداً ، من جهة النقل ، ولكن يتجه في القياس[3] ، وأما الخلافُ في الطلاقين ، فهو في نهاية البُعدِ نقلاً وتعليلاً .

قال الإمامُ بعدَ هذا : أما مسألةُ ما إذا شهدَ[4] واحدٌ أنَّه أقرَّ أنه قذفه بالعربية ، وشهد الآخر أنَّه أقر أنه قذفه بالعجمية ، فقد حكينا أنَّ الأصحاب قالوا : تتلفقُ الشهادتان ، وهو مشكلٌ جداً ، لأن المَقَرَ به مختلفٌ ، كما لو شهد واحدٌ أنَّه قذفه بالعربية ، وشهدَ الآخرُ أنَّه قذفه بالعجميةِ لم تتلفق .

---

(١) المرجع السابق ، ويظهر أن الكلام سوف يتكرر مع ما سبق ، ولكن المصنف كرره هنا للنقل عن الإمام .

(٢) اللفظ من عندي ، وساقط من الأصل ، وفي نسخة ف : الإطلاقين فقط .

(٣) العبارة في نسخة ف : ولكنه متجه في القياس .

(٤) العبارة في نسخة ف : قال الإمام بعد هذه المسألة : أما إذا شهد .

وقد حكى القاضي حسين ما ذكرناه عن الأصحاب ، ثم قال : في قلبي غَصّةٌ من هذه المسألة ، والوجهُ أنْ لا يثبتَ القذفُ ، ولا تتلفق الشهادتان .

قال الإمامُ : والأمرُ على ما ذكره ، وكان شيخي لا يحكي إلا ما ارتضاه القاضي ، ويقطعُ به ، ويقطعُ بأنَّ القذفَ لا يَثْبُتُ .

السابعة : [الاختلاف في قيمة المسروق] :

٥١٨ ـ إذا شهدَ شاهدٌ واحدٌ أنَّ قيمةَ الثوبِ المسروق ربعُ دينار ، وشهدَ آخر أنَّ قيمتَه سدسُ دينار ، فقد اتفقا على السدس ، فتمت الشهادةُ به ، وفي الزيادة وجهان ، أحَدُهما : يسقطُ قولُ من أثبتها بقولِ من نفاها ، ويُمنعُ صاحبُها (من)[1] أنْ يحلفَ مع الشاهدِ بها ، كما لو أثبتها شاهدان ، ونفاها شاهدان ، والثاني : لا يسقُط قولُ من أثبتها بقولِ من نفاها ، ولصاحبها أنْ يحلفَ مع الشاهدِ بها ، ويستحقها ، ذكره الماورديُّ .

الثامنة : [الاختلاف بثمن الشراء] :

٥١٩ ـ إذا شهدَ شاهدٌ واحدٌ أنَّه باعه هذا العبدَ بألفٍ ، وشهدَ الآخرُ[2] أنَّه باعه إياه في ذلك الزمن بألفين ، ففي تعارضهما وجهان ، كما مضى ، أحدُهما : (تعارضا)[3] وسقطا ، والثاني : لا تعارضَ فيهما ، وللمدعي أن يحلف مع الشاهد بالألفين ، ذكره الماورديُّ .

التاسعة : [الشهادة بالفعل وبالإقرار به] :

٥٢٠ ـ إذا شهد أحدُ الشاهدين أنَّه طلَّقَ زوجتَه ، وشهدَ الآخرُ أنَّه أقرَّ[4]

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) في نسخة ف : آخر .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : تعارضها ، وهو خطأ .

(٤) في نسخة ف : وشهد الآخر على إقراره .

أنَّه طلَّقَها ، أو شهدَ واحدٌ بالبيع ، وشهدَ الآخرُ بالإقرارِ به ، أو شهدَ واحدٌ أنَّه غصبـه ، أو شَجّـه ، وشهـدَالآخرُ أنّـه أقرَّ بـذلـك ، [٨٢ / أ] لم تتم البينـةُ ، ولا تتلفق الشهادات ، ذكره الشيخُ أبو نصرٍ وغيره .

ومثلُه لو شهدَ واحـدٌ أنَّـه حضرَ عقـد النكاحِ الجـاري بين المزوّج والزوج ، وشهد آخرُ على إقرارِه بالتزويج ، لم تتلفق الشهادتان .

وكذلك لو شهد أحدُهما أنّـه وكّلـه ، وشهـدَ الآخرُ أنّـه أقرَّ أنّـه وكّلـه ، لم يتلفقا .

٥٢١ ـ وضابطه أنْ يشهدَ واحدٌ منهما بعقدٍ ، والآخرُ بـإقرارٍ وبعقـدٍ ، فلا تتلفق ، وإنما تتلفق إذا اتفقا على ذكرِ عقدٍ ، أو ذكر إقرارٍ .

العاشرة : [الشهادة بالوكالة وبالوصية] :

٥٢٢ ـ إذا شهدَ واحدٌ أنَّ فلاناً جعلَ فلانـاً وكيلاً لـه في هـذه الخصومـة ، وشهد آخر أنَّه جعلَه وصياً له في هذه الخصومةِ في حيـاتـه ، أو قـالَ أحـدُهـا : وكّلَه بقبضِ هذا المال ، وقال الآخرُ : سلّطه على قبضِه .

قـال ابنُ القـاص : قـال ابنُ سُرَيْج تخريجـاً[1] على مـذهب الشـافعيّ : إنْ كانت شهادتُهما على الإقرار ثبتتِ[2] الوكالة ، وإنْ كانت على العقدِ لم تثبت .

الحادية عشرة : [الوكالة بالخصومة في الكوفة وفي البصرة] :

٥٢٣ ـ إذا شهد شـاهـد أنـه جعلـه وكيلاً في (الخصـومـة)[3] عنـدَ قـاضي

---

(١) في نسخة ف : يخرجان .

(٢) في نسخة ف : تثبت .

(٣) اللفظ من هامش الأصل .

الكوفة[1] ، وشهدَ الآخرُ أنَّه جعله وكيلاً فيها عند قاضي البصرة ، لم تثبتِ الوكالةُ ، خلافاً لأبي حنيفة[2] ، حكاه ابنُ القاص عن ابنِ سُرَيْج .

الثانية عشرة : [كل مملوك حر ، وسالم حر] :

٥٢٤ ـ ما وقَع عندنا في الوقائع الحكمية ، (شهدَ)[3] شاهدٌ على رجلٍ أنَّه قال : كل مملوك لي حرّ ، وأعتقتُ منجَّزاً كل مملوكٍ لي ، وشهد شاهدٌ أنَّه قال : مملوكي سالمٌ ، وأشارَ إليه ، حرّ ، أو أعتقتُ مملوكي سالماً ، وعَلِم أن سالماً مملوك له ، قَبْلَ القولين ، فهل تتلفق الشهادتان في سالمٍ ، ويعتق ، أم لا ؟ .

٥٢٥ ـ وفرعنا على هذا ما لو شهد أحدُهما على إقراره بتاريخٍ أنَّه أعتقَ قَبْلَه كل مملوكٍ له ، وشهدَ آخرُ على إقراره بتاريخٍ أنَّه أعتقَ قَبْلَه مملوكه سالماً ، فقلتُ : ينبغي أنْ تتلفق الشهادتان مهما اتفقا على ذكر تنجيزه في الطرفين ، أو على إقراره في الطرفين ، ولا يضرُ تعميمُه في أحدهما ، وتخصيصُه بسالمٍ في الآخر ، مهما ثبت أنَّ سالماً كان مملوكاً له ، قبل تعميمه العتق في كل مماليكه ، تنجيزاً أو إنشاءً أو إقراراً .

نعم ، لو شهد أحدُهما أنَّه أنشأ عتقَ كل مماليكه ، وشهد آخرُ على إقرارِه أنَّه كانَ أعتقَ سالماً ، لم يثبتْ عتقُ سالمٍ ، ولا تتلفق الشهادتان في عتقه .

الثالثة عشرة : [الشهادة على الإقرار مع اختلاف السبب] :

٥٢٦ ـ إذا شهدَ شاهدٌ أنَّه أقرَّ بألفٍ من ثمن مبيعٍ ، وشهد آخرُ أنَّه أقر

---

(١) في نسخة ف : عند القاضي بالكوفة .

(٢) قال الحنفية : إن الشهادة والاختلاف في عقدٍ قولي ، كالبيع والإجارة والصلح والخلع ، وما يحتاج إلى فعل ، كالرهن والهبة والصدقة ، لا يبطلها الاختلاف في زمان أو مكان ، (انظر : معين الحكام : ١٠٤ ، جامع الفصولين : ١ / ١٦٣ ، ١٦٧) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وشهد .

بألفٍ من جهةِ قرض ، قال الإمامُ : حكى القاضي أنَّ الألفَ تثبتُ ، وتتلفقُ الشهادتان ، [٨٢ / ب] لأنَّهما اتفقا على الألفِ والإقرارِ ، وإنما اختلفا في جهته .

قال الإمامُ : وهذا (هفوة)[١] ، لأنَّ المقرِ به متعددٌ مختلفٌ ، والدليلُ عليه (أنَّه)[٢] لو شهدَ على كل إقرارٍ منسوبٍ إلى جهةٍ شاهدان ، لَثَبت الألفان ، فالوجهُ القطعُ بأنَّه لا يثبتُ شيء ، ولا سبيلَ إلى تلفيقِ هاتين الشهادتين .

[الشهادة بألف مطلقا وقرضاً] :

٥٢٧ ـ أما إذا ادَّعى ألفاً مطلقاً ، فشهدَ شاهدٌ بألفٍ مطلقٍ ، وشَهد آخرُ بألفٍ من جهة قرضٍ مثلاً ، هل تتلفقِ الشهادتان ؟ فيه خلافٌ ، والأظهرُ أنها تتلفقُ ، وتثبتُ الألفُ .

الرابعة (عشرة)[٣] : [الشهادة على الملك وعلى الإقرار به] :

٥٢٨ ـ إذا ادّعى على ذي يدٍ عيناً فأنكرَ ، فشهدَ للمدعي شاهدٌ بأنَّ العينَ المُدّعى بها ملكهُ ، وشهدَ آخر[٤] على إقرار المدعى عليه أنَّها ملكُه ، قال الإمامُ : المذهبُ أنَّه[٥] لا تتلفقُ الشهادتان ، وفيه وجهٌ أنها تتلفق ، وهو بعيد .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : عندنا نغفره .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أن .

(٣) في الأصل وفي نسخة ف : عشر ، وهو خطأ ، لأن أصل الكلام : الصورة الرابعة عشرة .

(٤) في نسخة ف : وشهد له شاهد آخر .

(٥) في نسخة ف : أنها .

الفصل التاسع[1]

في

القيمة والشهادة بها

٥٢٩ ـ اختلف أئمتنا في قيمةِ العين ، هل هي وصفٌ قائمٌ بها ، أو ما تنتهي إليه رغباتُ الراغبين في ابتياعها ؟ فيه خلافٌ مشهورٌ ، والأظهرُ أنَّ قيمةَ الشيءِ القدرُ الذي طُلِبَ شراؤه به

وهذا الخلافُ يقربُ بعضَ القربِ من الخلافِ في أن الملاحةَ هل هي صفةٌ قائمةٌ (بالذاتِ)[2] ، وجنسٌ يعرف بنفسه ، أم هي مختلفةٌ باختلاف ميل الطباع ؟

٥٣٠ ـ ثم لا خلاف أنَّ الحاكمَ إذا باع مرهونا بما انتهت إليه رغباتُ الراغبين في شرائه ، بعدَ البحثِ التام ، والإشهارِ المستوفى في مواضعه وأسواقه ، جازَ البيعُ ، ولا يمتنعُ عليه البيعُ ، إذا شهدَ شاهدان من أهلِ الخبرة أنَّ قيمةَ هذا المبيع كذا ، بزيادةٍ تزيد على قدرِ المعاينة .

مثاله : دُفِعَ فيه ، بعدَ الإشهارِ التامِ ، والعرضِ على ذوي الرغباتِ ، مائةُ درهم ، فشهدَ شاهدان من أهل الخبرةِ به أنَّ قيمةَ ذلك مائة وعشرون ، أو مائة وثلاثون ، ولم يحضرْ من يشتريه بزيادةٍ على المائةِ ، فإنَّ الحاكمَ يبيعُه بما دُفِع

(١) في الأصل ، وفي نسخة ف : الثامن ، وهو خطأ ، وانظر فقرة ٨٢٤ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بالذوات .

فيه قولاً واحداً ، على كلا القولين المذكورين في القيمة .

أما على قولِ من صارَ إلى أن القيمة هي رغباتُ الراغبين ، فظاهرٌ أنه قد باع بالقيمة ، وعلى القولِ الآخرِ قد تعذرَ البيعُ بالقيمةِ ، فيباع بما يُدْفعُ فيه ، دفعاً للضرر عن المرتهن ، خوفاً من إضاعة ماله .

[سماع الشهادة بالقيمة مطلقاً] :

٥٣١ ـ ولا خلافَ أن الشهادة بالقيمة ، من غير استنادٍ إلى إشهار في أسواق ، أو نداءِ على أهل الرغبات ، مسموعةٌ [٨٣ / أ] في جميع القيم ومسائلها في البياعات والردِ بالعيوب والأروش والرهن والوكالات والغصوب والمتلفات .

[شهادة العدل الخبير] :

٥٣٢ ـ وأنَّ العَدْلَ الخبيرَ بقيمةِ الثوبِ مثلاً ، إذا (شهدَ)[١] أنَّ قيمتَه كذا وكذا درهم ، سُمِعت شهادتُه إذا أداها على وجهها وشرطها الشرعي ، وهذا يُقَوّي قولَ من قالَ : إنَّ القيمةَ عبارةٌ عن صفاتٍ قائمةٍ بالذات .

ولنذكر بعد هذا مسائل حسنةً في هذا ، لا يسع الفقيهُ الجهلَ بها .

[القول قول الغاصب بالقيمة] :

٥٣٣ ـ وهي أنَّ الغاصبَ إذا ادّعى تلفَ المغصوب بعد أن ثبتَ غصبُه له ، إما ببينةٍ أو اعترافٍ منه ، فالقولُ قولُه في التلفِ (مع يمينه)[٢] على الأصحِ[٣] .

فإذا قُبل قوله ، هل يستحقُ المغصوبُ منه قيمتَه ؟ فيه وجهان ، الأصحُ

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : شهدا .

(٢) العبارة بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٣) انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٨٧ ، نهاية المحتاج : ٥ / ١٧٢ ، شرح المحلي : ٣ / ٣٤ .

نعم ، ووجه قولنا لا يستحقُ ، أنَّه يزعمُ أنَّه باقٍ ، وأنَّ الغاصبَ كاذبٌ في دعواه التَلَفَ ، (وإذا)[1] كان في زعمه باقياً لا يستحقُ قيمَتَه .

فإذا قُلنا : يستحقُ على الأصحِ ، وكان المغصوبُ من ذوات القيم ، كثوبٍ أو فرسٍ ، فاختلفَ الغاصبُ والمالكُ في قدرِ القيمة ، فالقولُ قولُ الغاصبِ بلا خلافٍ ، لأنه غارمٌ ، لكن يُشترطُ في قبولِ قوله أنْ يَذْكُرَ الغاصبُ قيمةً تليقُ بالمغصوبِ المتلَفِ ، ويمكنُ أنْ تكونَ القيمةُ المذكورةُ قيمةً له في العرف .

ومثالهُ : كان المغصوبُ فرساً ، فلو قال الغاصبُ : قيمتهُ عشرون درهماً ، قُبل ، إذ يمكنُ أنْ تكونَ قيمةَ الفرسِ المُتْلَفِ عشرون درهماً ، فربَّ فرسٍ بعشرين درهماً ، لزمانةٍ أو كِبَرٍ ، فلو قالَ : قيمته نصفُ درهمٍ ، أو حبةُ ذهبٍ ، لم يُلتفت إلى قولِه ، ويُقال له : عَيِّنْ قيمةً تحتملُ أنْ تكونَ قيمةَ المغصوب قدرَها .

[قبول بينة المغصوب منه] :

٥٣٣ / ٢ ـ فإذا عيَّنَ ما تحتملُ ، ولنفرِضه مائة درهم مثلاً ، وقُبل قولُه ، فلو أقام المغصوبُ منه بينةً ، تشهدُ بأنَّ قيمتَه مائةُ درهم وعشرةُ دراهم ، سُمعتِ البينةُ ، وعُمل بموجبها ، ولو شهدتِ البينةُ أنَّ قيمتَه أزيدُ من مائةِ درهمٍ ، ولم تعين الزيادة ، فهل تُسمع هذه الشهادة ؟ فيه وجهان . فإن سُمعت كان فائدةُ سماعِها وجوبَ ذكرِ زيادةٍ على المائة درهم على الغاصب ولو نصف درهم مثلاً ، ثم كلما عيَّنَ الغاصبُ قيمةً مقدرَةً ، وشهدَ للمغصوبِ منه شاهدان أنَّ قيمةَ المغصوبِ أزيدُ مما قدَّره الغاصبُ ، وسمعنا هذه الشَهادة ، وجبَ على الغاصبِ

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فإذا .

أنْ (يزيد)[1] ـ على القيمة التي عينها ـ قدراً ، يصدق عليه أنه أزيدُ مما عينه [٨٣ / ب] ولا يزالُ كذلك إلى أن يمتنع على المغصوبِ منه إقامةَ بينةٍ ، تشهدُ بزيادةِ القيمة على ما عينه الغاصب .

[مستند شاهد القيمة] :

٥٣٤ ـ واعلم أن الشاهدَ بالقيمة يجبُ أن يكون مستندُه بتعينها وقدرِها مشاهدةَ العين المقوّمةِ ومعرفةَ صفاتِها القائمةِ بها ، فلو شهدَ الشاهدُ بالقيمةِ اعتماداً على وصفِ واصفٍ ، وصفها له ، لم يجزْ على أصح الوجهين ، إذ قد يقومُ بالأعيان أوصافٌ تدركها العينُ مشاهدةً ، ولا تحيطُ العبارةُ بها ، فلا بدَّ من مشاهدتها ورؤيةِ ذاتها ، وملاحظةِ صفاتها القائمة بها .

وهذا الذي ذكرناه في القيمة التي يذكُرها الغاصبُ ، وأنّه يجبُ عليه ذكرُ قيمة تليقُ بالمغصوبِ ، وأنَّ القولَ قوله في قدرها ، إذا كانت محتملةً ، والشهادةُ بها ، لا يختص كل ذلك بالغاصب ، بل يجري في كل غارمٍ لزمه قيمةُ متلفٍ ، لمالك مُتْلَفٍ عليه ، كمن أتلف سلعةً لرجلٍ عمداً أو خطأ ، أو تَلِفَتْ في يده الضامنة ، كيدِ السَّوْم[2] والعاريةِ وغير ذلك .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : زيد .

(٢) السوم من سام البائع السلعة عرضها وذكر ثمنها ، وسامها المشتري بمعنى استامها ، ومنه لا يسوم الرجل أي لا يشتري ، قال النبي ﷺ : « لا يستام الرجل على سوم أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه » ، والسوم في الشرع هو طلب المبيع بالثمن الذي تقرر به البيع ، والقبض على سوم الشراء هو أن يأخذ الإنسان شيئاً من صاحبه على أنه إن أعجبه اشتراه ، ويرى بعض الفقهاء أن المبيع يكون في يد المشتري مضموناً عليه بمثله إن كان مثليا ، وبقيته إن كان قيميا ، وحجتهم أنه مقبوض على سبيل المعاوضة المقصودة بالعقد ، وهو ما نصت عليه (بالمادة ٢٩٨) من مجلة الأحكام العدلية ، بينما نصت (المادة ٢٩٩) على أن القبض على سوم النظر يكون أمانة في يد القابض ، (انظر : التعريفات ، للجرجاني : ١٠٩ ، دستور العلماء : ٢ / ١٩٠ ، المدخل الفقهي العام ، الأستاذ الزرقا : ١ / ٦٦٦ ، ٦٨٥ ، مرآة المجلة : ١ / ١٣٧) .

[ما تثبت به القيمة] :

٥٣٥ ـ واعلمْ أنَّه يُقبلُ في القيمةِ شهادةُ رجلينِ ، ورجلٍ وامرأتين ، وشاهدٍ ويمين المدعي بها ، إذا كانَ الشاهدُ من أهلِ الخبرة بِها ، صرَّحَ بذلك الماورديُّ وغيرُه في كتابِ الغصوبِ .

٥٣٦ ـ فإن شهدت البينةُ للمغصوبِ منه أنَّ قيمة المغصوب ألفٌ ، وقتَ الغصب ، أو وقت التلف ، أو فيما بين الغصبِ والتلف[١] ، حكم بها ، وإن شهدت بأنَّ قيمتَه كانت قبلَ الغصبِ ألفاً لم يحكم بها ، لكن[٢] قال بعضُ أصحابنا : يصيرُ ـ لأجل هذه البينة ـ القولُ قولَ المغصوبِ منه ، لأن الأصلَ بقاءُ هذه القيمةِ ما لم يُعلم (نقصها)[٣] .

قال الماورديُّ : وهذا غيرُ صحيحٍ ، لأنَّ ما قبلَ الغصبِ غيرُ معتبرٍ ، والبينةُ فيه غيرُ مسموعةٍ .



---

(١) العطف « بأو » إشارة إلى اختلاف الفقهاء في قيمة المغصوب التي يضمنها الغاصب ، والأصح في المثلي إذا تلف عند الغاصب أن يضمن أقصى القيم من وقت الغصب إلى تعذر المثل ، ويقابل الأصح أحد عشر وجها منها ضمان قيمته يوم التلف ، ومنها ضمان قيمته يوم فقد المثل ، وأما القيمي إذا غصب فإنه يضمن بأقصى قيمة من الغصب إلى التلف ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٨٣ ، ٢٨٤ ، نهاية المحتاج : ٥ / ١٦٣ ، ١٦٦ ، شرح المحلي : ٣ / ٣١ ، ٣٢) .

(٢) في نسخة ف : ولكن .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بقبضها ، وهو تصحيف من الناسخ ، والله أعلم .

البابُ الخامِس

في

[كتاب القاضي إلى القاضي]

٥٣٧ ـ إنهاء ما جرى عند القاضي المتنازع لديه إلى قاضٍ آخرَ ، هذا الباب ملقبٌ بكتابِ القاضي إلى القاضي ، وشهرتُه ، لأنه الأغلبُ وقوعاً[١] .

واعلم أن طريق إنهاء ذلـك منحصرٌ في مجرد المكاتبـة ، أو في الإشهـاد ، أو في المشافهة .

[الكتابة] :

٥٣٨ ـ أمـا مجردُ الكتـابـةِ فلا حكمَ لهـا ، ولا يجوزُ للقـاضي المكتوبِ إليـه الاعتمادُ عليها ، ولا العملُ به ، وإن عرفَ خطَّ القاضي الكاتب وختَمه ، وتكرر صدورُ ذلك منه إليه ، خلافاً لأبي ثور وأبي سعيد الإصطخري من أصحـابنـا ، ولا تعويلَ [٨٤ / أ] على هذا عندَنا ، ولا عملَ عليه[٢] .

---

(١) انظر أحكام كتاب القاضي إلى القاضي في المذهب الشافعي في المراجع التـاليـة : (الأم : ٦ / ٢١٧ ، جواهر العقود : ٢ / ٣٥٩ ، إعانة الطالبين : ٤ / ٢٤٢ ، حاشية البجيرمي على الإقناع : ٤ / ٣١٨ ، الميزان الكبرى ، للشعراني : ٢ / ٢٠٨ . المهذب : ٢ / ٣٠٥ ، حاشية الشرقـاوي : ٢ / ٤٩٧ ، مغني المحتـاج : ٤ / ٤٠٩ ، نهـايـة المحتـاج : ٨ / ٢٧٢ ، حـاشيـة قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠٩ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٤٤ ، المجموع شرح المهـذب : ١٨ / ٣٩٩ ، وسـائـل الإثبـات : ٢ / ٤٤٢ ، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة : ٢ / ٢١٠ على هامش الميزان ، حاشية الباجوري : ٢ / ٣٦٧ ، أدب القـاضي ، الماوردي : ٢ / ٨٩ ، الروضة : ١١ / ١٧٨) .

(٢) نقل الشيرازي قولها ، ورد عليها ، (انظر : المهذب : ٢ : ٣٠٥ ، الروضة : ١١ : ١٨٠) .

[الإشهاد] :

٥٣٩ ـ وأما الإشهادُ : فتفصيلُ القولِ فيه أن الدعوى إذا صحت بحق ، وقامت البينةُ على وَفقها ، لا يخلو : إمَّا إنْ وقعَ ذلك لحاضرٍ على حاضرٍ بحقٍ حاضر ، أو لحاضرٍ على حاضرٍ بحق غائبٍ ، أو لحاضرٍ على غائبٍ بحقٍ غائب ، أو لحاضر على غائبٍ بحقٍ حاضرٍ .

القسم الأول ـ [الحكم لحاضر على حاضر بحق حاضر] :

٥٤٠ ـ أن يحكمَ لحاضرٍ على حاضرٍ بحقٍ حاضرٍ ، فإن كانَ الحقُ المحكوم به عيناً حاضرةً انتزعها من يدِ المحكومِ عليه ، وسلّمها إلى المحكومِ له ، ولا يجوزُ في مثل هذا أنْ يكتبَ به القاضي إلى غيره ، سواء أقام المحكومُ عليه ، أو هَرَبَ .

وإن كانَ الحقُ في يدِ المحكومِ عليه ، فإنْ كان مُقيماً استوفاه منه ، ولم يكتب به إلى قاضٍ آخرٍ ، وإن هربَ جازَ أنْ يكتبَ به إلى قاضي بلد الهارب .

وإنْ كانَ الحقُ في ذمةِ المحكوم عليه ، وكانَ مقيماً ، استوفاه ولم يكتبْ به إلى غيره ، وإن هربَ ولم يجد له مالاً حاضراً كتبَ ، وإن وجدَ له مالاً حاضراً استوفى منه ، ولم يكتب .

القسم الثاني ـ [الحكم لحاضر على حاضر بحق غائب] :

٥٤١ ـ أن يحكم لحاضرٍ على حاضر بحقٍ غائبٍ ، فهذا يكون في الأعيان فقط دون الذِمم ، فيكتب القاضي بمثله إلى القضاة ، ثم إن كان الحقُ (ثبتَ)[1] على هذا الحاضرِ ياقراره ، فالحاكمُ الكاتب مخيّرٌ في كتابته[2] بينَ أن

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يثبت .

(٢) في نسخة ف : كتابة .

يذكرَ[1] ثبوته بإقراره أو لا ، وإن كانَ ثبتَ بيمين المدعي ، مع نكول المدعى عليه ، فلا بدَّ من ذكر ذلك في كتابه ، وإن كان ثبتَ ببيِّنةٍ شهدت ، ففي وجوبِ ذكرها في كتابِ القاضي وجهان ، فإن قلنا : يجبُ ذكرُهم ، فلو ذكرَهم ووصفَهم بالعدالة فلا كلامَ ، وإن لم يصفْهم بالعدالةِ بل حكمَ بشهادتهم ، فهل يكونُ الحكمُ بشهادتهم تعديلاً لهم ؟ فيه وجهانِ ، أحدهما : نعم ، لدلالةِ الحكمِ على ثبوتِ التعديل ظاهراً ، والثاني : لا ، بل لا بدّ من وَصْفهم بالعدالةِ ، وبما يجوزُ به قبول الشهادة ، لأنه يجوزُ أن يكون حَكَم بظاهرِ التوَسُّمِ والسمت[2] .

القسم الثالث - [أن يحكم لحاضر على غائب بحق غائب] :

٥٤٢ - فإن كان الحقُ عيناً في يدِ الغائبِ غيرَ منقولة ، كالضياع والعقار ، فالحكمُ على الغائبِ لا يكونُ إلا ببينةٍ ، فإن ثبتت عدالةُ الشهود بذلك ، جاز أن يكتبَ بها إلى قاضي البلد الذي فيه العقار ، دون قاضي البلد الذي فيه المحكوم عليه ، إذا لم [٨٤ / ب] يكن في بلدِ المِلْك .

٥٤٣ - وإن لم يَثبت عنده الشهودُ ، وكانوا غرباءَ ، وذكر الطالب أن له بينةً بتزكيتهم[3] ، يقيمها عند قاضي بلدهم ، فللشهود ثلاثةُ أحوال :

٥٤٤ - أحدُها : أنْ يكونوا من أهلِ البلدِ الذي فيه المِلكُ ، وهم على عَزْمِ العوْدِ إليه ، فلا يَسمعُ الحاكمُ شهادتَهم ، وإنْ سمعَها لم يكتبْ بها ، ويقولُ للطالب : اذهب مع شهودِك إلى قاضي بلدهم ، وبلدِ مِلكِك[4] ، ليشهدوا عنده

---

(١) في نسخة ف : يميز بذكر .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ١٧٨ ، ١٨٨ ، وانظر : فقرة ٥٩٣ .

(٣) في نسخة ف : تزكيهم .

(٤) في نسخة ف : مالك .

بما شهدوا به عندي ، فإنَّ كتبَ القضاةِ مختصةٌ بما لا يمكنُ ثبوتُه (بغيرِها)[1] .

٥٤٥ ـ **الحالة الثانية** : أن يكونَ الشهودُ من بلدِ الملكِ ، لكنهم لا يُريدون العَود إليه ، فيجوز لهذا القاضي مكاتبةُ قاضي بلد الملك بما شهدوا به ، ليكشفَ عن عدالتهم ، فإذا صحتْ عندَه حكَم بشهادتِهم ، فيصيرُ التعديلُ والحكمُ مختصاً بالقاضي المكتوب إليه ، ويكونُ كتابُ القاضي الأول مقصوراً على فعلِ الشهادةِ فقط ، ولا وجهَ لمكاتبةِ الثاني للأولِ بالتعديلِ ، ليتولى الأولُ الحكمَ ، لأنَّ الثاني قادرٌ على الحكمِ ، فلم يحتج فيه إلى الأول .

٥٤٦ ـ **الحالة الثالثة** : أنْ يكونَ الشهودُ من غيرِ بلد الملك ، فيجوزُ للقاضي الكاتبِ سماعُ شهادتهم[2] ، والمكاتبةُ بها إلى قاضي بلدهم ، ويسأله عن عدالتهم ، فإذا عرفَ بها قاضي بلدهم كتبَ بها إلى القاضي الأول ، ليتولى القاضي الأول الحكمَ بشهادتهم ، ويكونُ الثاني حاكماً بعدالتهم ، ولا يجوزُ أن يُقبلَ كتاب الثاني إلا بشهادةٍ ، لأنَّ كتابَ الأولِ استخبارٌ ، وكتابَ الثاني حكمٌ .

[الحق الغائب عين منقولة] :

٥٤٧ ـ هذا كله إذا كان الحقُ الغائبُ عيناً غيرَ منقولة ، كالعقار والأرَضين ، أما إن كان الحق الغائب عيناً منقولةً موصوفةً بصفاتٍ تُميزها[3] عن غيرها ، مقومةً بقيمتها ، فإذا شهدَ بها عندَ الحاكمِ شهودٌ عدولٌ عنده ، كتب بها إلى حاكمِ البلد الذي المحكوم عليه به ، وإلى غيره ، لأنّ نقلَ الحقِ ممكنٌ من ذلك البلدِ بانتقال المحكوم عليه عنها .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بالهامش : تغييرها .

(٢) في نسخة ف : شهاداتهم .

(٣) في نسخة ف : تتميز بها ، وانظر : فقرة ٢٨٦ ، ٢٩٠ .

[المحكوم به دين مع الإقرار به] :

٥٤٨ ـ وإن[١] كان الحقُ المحكوم به على الغائب ديناً ، وثبت عند الحاكم الكاتبِ إقرارُ الغائبِ به ، كتبَ به مقيداً أو مطلقاً ، كيف شاء .

القسم الرابع : أن يحكمَ على غائبٍ لحاضرٍ بحقٍ حاضرٍ :

٥٤٩ ـ فهذا يكونُ في الأعيانِ ، فإنْ كانت منقولةً[٢] سلّمها إلى المحكوم له ، ولم يكتب بها إلى غيره ، وإن كانت غير منقولة ، كالعقار كتب بها .

هذا كله ذكره الماورديُّ[٣] ، [٨٥ / أ] وهو في غاية الحسن .

[أنواع المكاتبة الحكمية] :

٥٥٠ ـ إذا عرفتَ هذه المقدمة ، فاعلم أنَّ الطالبَ[٤] من الحاكمِ إصدارَ مكاتبةٍ حكميةٍ عنه إلى غيره من الحكام ، لا يخلو : إما أن (يكون)[٥] بنقل شهادةٍ على غائبٍ ، أو بثبوتِ الحقِ عليه فقط ، أو بالحكم به .

[أولاً : المكاتبة بنقل شهادة] :

٥٥١ ـ فإن كان بنقل الشهادة فقط كتب بشرح ما جرى عنده ، من ذكر المتداعيين ، وأسمائِهما وأنْسَابِهما ، وما اشتهرا به ، وحضورهما لديه ، (وذكر المدّعي منهما ، والمدعى عليه ، وإنكارَ المدعى عليه ، وسماعَ البينة)[٦] ، وذكر

---

(١) في نسخة ف : فإن .

(٢) في الأصل : غير منقولة ، وهو خطأ ، وفيه زيادة كلمة « غير » ، وقد حذفناها لصحة المعنى ، وفي نسخة ف : عيناً منقولة .

(٣) الحاوي ، له : ١٢ ق ٦٨ / ب وما بعدها ، أدب القاضي ، له : ٢ / ٩٩ وما بعدها .

(٤) اللفظ في نسخة ف : للطالب .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كان .

(٦) ما بين القوسين من هامش الأصل .

المدّعى بـه موصوفاً[1] ، وتـاريخَ ذلـك ، وذكرَ الشـاهـدين بـأسمائهما وأنسـابهما ، وما اشتهرا به ، وذكرَ عـدالتهما إنْ كانـا عنـده عَـدْلين ، أو ذكرهـما وأنهما أديـا الشهـادة من غير تعرض لقبـولهـا ، ولا تعرضٍ لعـدالتهما عنـده ، ثم يقـول : وفوَّضتُ إليك استزكاءَهما إن لم يكونا عَـدْلين ، ثم الحكم بـالحق على مـا يقتضيـه الشرعُ ، أو فوّضتُ الحكمَ بـذلـك ، إن كانـا غيرَ عـدلين عنـدَ الكاتب ، وهكـذا تجوزُ المكاتبةُبنقلِ شهـادةِ شـاهـد واحـد ، حتى يقيم المـدّعي شـاهـداً آخر عنـد المكتوب إليـه ، أو يحلف ، إن كان الحقُ مما يثبتُ بـالشـاهـد واليمين عنـده ، وللحكامِ في وضعِ هـذه المكاتبـات رسومٌ متنـوعـةٌ ، ونحن نـذكرُ مـا هـو المختـارُ عندَنا في بابِ الشروطِ المكاتباتِ الحكميةِ إن شاء الله تعالى[2] .

هذا إن كان الكتابُ الحكميُ بنقلِ شهادةٍ فقط .

[صورة الكتاب الحكمي بنقل الشهادة] :

٥٥٢ ـ وإن كانَ سأله الطالبُ أن يكتبَ له بما ثبتَ عنده ، كتب :

هذا كتابي إلى القاضي فلانٍ ، إن كان معيَّناً ، أو إلى كلِ من يصل إليـه[3] من قضاةِ المسلمين ، إن كان مطلقاً ، أو لفظاً آخر .

وسببُ إصـداره أنّـه ثبتَ عنـدي ، بشهـادةِ فلان وفلان ، ويرفـعُ في ذكرِ نسبهما وأسمائهما ، وما اشتهرا به ، وهما عندي من المعـدَّلين ، كـذا وكـذا ، بعـد أن ادّعى فلانٌ ، ويرفعُ في نسبه ، ويذكرُ اسمَه ، ومـا اشتهر بـه ، على فلانٍ ، ويذكرُ اسمه ونسبه وما اشتهر بـه ، بكـذا وكـذا ، ويـذكرُ الحقَ المـدّعى بـه ،

---

(١) في نسخة ف : موصوفاً به .

(٢) في صفحة ٤٩٤ وما بعدها .

(٣) في نسخة ف زيادة : كتابي .

ولا بدّ من ذكرِ عدالةِ الشهود ، سواء صرّح بذكرهم في الكتاب أو أجملَ ، ويذكر تاريخَ التداعي والثبوت .

[ثانياً : صورة الكتاب الحكمي بالحكم] :

٥٥٣ ـ وإن كان سأله أن يكتب بما ثبت عنده ، وحكَمَ به ، كتب أيضاً ، وأضافَ إليه ذكرَ الحكمِ بذلك ، وأنّه أحلفه اليمينَ الشرعية ، ويصفُها إن كان الحكمُ وقعَ على غائبٍ ، وسنذكر إن شاء الله تعالى في ذلك مكاتباتٍ حسنةً في قسم الشروط[1] .

[لا يشترط علم القاضي بالمحكوم عليه] :

٥٥٤ ـ وههنا أمرٌ لا بدَّ من التنبيه له ، وهو أن الخصمَ إذا ادّعى على زيدِ ابن عمرو بن بكر الغائبِ [٨٥ / ب] حقاً ، وذكر حليَتَهُ وصناعَته وسكنَه من بلدٍ آخر ، وأرادَ إقامة البينة عليه ، التي تعرّفُ الغائبَ اسماً وعيناً ونسباً ، والقاضي الذي ادّعى لديه لا يعرفُه مع الإطنابِ في وصفه ، فالقضاءُ نافذٌ قطعاً ، لا خلافَ فيه ، إذ لو شرطنا علم القاضي بالمحكوم عليه ، ومعرفته به ، (لانسد)[2] مسلكُ القضاء على مُعظم الغُيَّب .

[الكتابة التي تميز المحكوم عليه] :

٥٥٥ ـ إذا ثبتَ هذا فينبغي أنْ يكتبَ هذا القاضي ـ في كتابه المتضمن الحكمَ على المدعى عليه الغائبِ ـ ما يحصل به (الإعلامُ)[3] في البلدِ الذي هو فيه ، وهو ذكرُ الاسم والنسبِ والارتفاعِ فيه ، والحليةِ وتعيينِ المسكن .

---

(١) صفحة ٤٩٤ وما بعدها .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لا نحسم .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الإعدام .

هـذا في حقِ أوسـاط النـاس إلى حـدٍ يغلبُ على الظنِ أن الموصوفَ بهـذه الصفاتِ ، لا يلتبسُ بغيره ، ولو فُرضَ مساواةٌ فيه لكانَ من النوادر ، وفـائـدةُ هذا الإبلاغِ توصلُ القاضي المكتوب إليه إلى تمييز المقضي عليه ، لأنَّ الحـاجـةَ ثمَّ تظهرُ ، فلو حكمَ على زيـد بن عمرو ، ولم يـذكر الجـدَ ، فهـذا لغوٌ لعـدمِ التمييز به ، وإذا لم يحصلْ بـه تمييزٌ فليسَ للقضـاء معتمـدٌ ، وسيكون لنـا انعطـافٌ على شيء من هذا في موضعه إن شاء الله تعالى[1] .

[الكتاب بخط القاضي والإشهاد عليه] :

٥٥٦ ـ ثم إذا كتب الكتابَ لا يخلو : إما أنْ (يكتبه)[2] بخـطِ نفسـه ، أو بخطِ كاتبه ، والأولى أن يكون بخطِ كاتبه ، إقامةً لأبهةِ الحكم .

فإن كتبه بنفسه علّم على وصولِه[3] ، وعلى أعلاه ، بعلامةٍ ، وعنوّنه ظـاهراً وباطناً ، وأحضر الشـاهـدين اللـذين يَشهـدان عليـه إلى المكتوب إليـه ، وقرأه عليهما ، ثم ختمه بخاتمـه ، وأشهـدَهمـا على نفسـه ، أنَّ المنسوبَ إليـه في الكتـاب صحيحٌ ، وقـد عَرفوه ، وأنـه كتـابُـه ومختـومٌ بخـاتمـه ، وجرى الأمرُ عنـده على ما شرح فيه .

[الكتاب بخط كاتبه ، وتوشيحه بيده] :

٥٥٧ ـ وإن كانَ الكتابُ بخطِ كاتبـه كتبَ الحـاكمُ بين أسطره أسطراً بخـط يده ، صورتها : هذا كتـابي[4] ، صَـدرَ عني ، وبـإذني ، إلى الحكامِ والقضـاةِ ، إنْ كان مطلقـاً ، وإن كانَ مقيـداً إلى الحـاكمِ فـلان ، وخُتم[5] بختمي ، وجرى الأمرُ

---

(١) صفحة ٤٩٤ وما بعدها .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كتبه .

(٣) أي المكان الذي وصل إليه الخط والكتابة ، بأن توضع إشارة تفيد انتهاء الكلام لمنع الزيادة عليه .

(٤) في نسخة ف : الكتاب .

(٥) في نسخة ف : وختمته .

عندي على ما ذُكِر فيه ، فامضِه أيها الحاكمُ على ما يقتضيه الشرع ، أو فمن وقفَ عليه من قضاة المسلمين ، وأمضاه على ما تقتضيه الشريعة المطهرة ، حاز أجراً وثناءً ، وتاريخه كذا وكذا .

[مضمون الكتاب الحكمي إلى الشاهدين] :

٥٥٨ - ثم إذا أشهدَ عليه به شاهدين فالمستَحبُ أن يكتبَ معها (نسخة)[١] ، لتكون (تذكرةً)[٢] لهما في الطريق ، وهو المعروف بمضمونِ الكتابِ الحكمي .

[الاعتماد على الشهادة] :

٥٥٩ - والأصلُ في هذا كله أنَّ الاعتمادَ في [٨٦ / أ] ذلك على شهادة الشاهدين عندنا ، وعلى ما علماه وشهدا به ، فلا نظرَ إلى الكتاب ولا الختمِ ، حتى لو وصلَ الكتابُ مكسورَ الختم ، أو ممزقاً ، أو قد انمحى كله أو معظمه ، فأدّى الشاهدان الشهادة بما سمعاه من الحاكم الكاتبِ ، سمع المكتوبُ إليه شهادتهما[٣] .

[كيفية أداء الشهادة] :

٥٥٩ / ٢ - وكيفيةُ الأداء أنْ يقولا : أيَّدَ اللهُ سيدَنا الحاكم ، ووفقه ، أشهدني الحاكمُ فلانُ بنُ فلانِ ، الحاكمُ يؤمئذ بمدينةِ بغدادَ المحروسةِ ، وأنا عارفٌ به ، على نفسه في مجلس حكمه ، أنَّ هذا الكتابَ الحكمي - ويشيرُ إليهِ ، إنْ كانَ حاضراً - كتابُه ومختوم بختمه ، ومضمونه كذا وكذا ، وإن كان قد ضاع

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : نسخته .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : مذكرة .

(٣) انظر : الروضة : ١١ / ١٨٠ .

الكتابُ أو انمحى أو انكسرَ ختمه ، فليذكرا ما قد حفظاه ، ويشهدا به على الحاكم الكاتب[1] .

قال القاضي أبو الطيب : ولا بدَّ أن يقولا في الأداء ، أشهدَنا على نفسِه في مجلسِ حكمه ، لأنَّ قولَ القاضي لا يصحُ إلا في مجلسِ حكمه ، يشيرُ إلى أنه ربما أشهدهما عليه في غيرِ محل ولايته ، جهلاً منه ، فإذا أوهم ذلك وجب التصريح به .

ذكر الشيخُ شرفُ الدين ابنُ أبي عصرون هذا عن القاضي أبي الطيب ، ثم قال معترضاً : قلت : وفيه نظرٌ ، لأن جميع البلد موضعَ ولايته ، فهو كمجلس حكمه .

٥٦٠ ـ وهذا من عجيب الاعتراضات ، فإنَّ القاضي أبا الطيب لم يذكر هذا إلا خوفاً من أن يكون أشهدَهما عليه في غير عمله ، لا أنه أشهدهما عليه في عمله ومحل ولايته ، ولكن أشهدهما عليه مثلاً في موضع صلاته أو في حمامه أو خلوته ، أيُظن بمثلِ القاضي أبي الطيب ، شيخ العراقيين ، وإمامِ وقته ، أن يجهلَ أن عملَ الحاكمِ كلَّه مجلس حكمه ؟ وأن مجلسَ حكمه مخصوصٌ بالمكان الذي جرب عادته أن يجلسَ فيه للناس ، والحكم بينهم ؟ حتى أنه لو أشهدَ عليه في الطريق ، وهو راكبٌ أو ماشٍ ، لا يجوز ، هذا لا يجهلُه أقلُ الفقهاء ، فليس لما اعترض به الشيخ شرف الدين اتجاهٌ أصلاً .

[كيفية تحمل الشهادة] :

٥٦١ ـ وكيفية تحمل الشهادة في الكتابِ الحكمي أن يقرأ الحاكم الكتابَ عليهم ، أو يُقرأ عليه بحضرتها ، وهما يسمعانه ، ويَقِرُ بما فيه ، بأن يقولَ

---

(١) المرجع السابق .

جرى الأمرُ عندي كذلك[1] ، أو ثبت عندي هذا الحقُ ، وحكمت به[2] .

فإذا جرى ذلك فقد تحملا الشهادة عليه ، سواء قالَ لهما : اشهدا أنَّ هذا كتابي إلى فلان بكذا ، أو لم يقل .

ولو أنَّه لم يقرأ الكتابَ عليهما ، ولكنه أخبرهما بما فيه حِفظاً (منه)[3] ، [٨٦ / ب] وحفظاه هُما حفظاً منه ، وأشهدَهما على نفسه أنه ثبت عنده كذا وكذا ، وحكمَ بكذا ، جاز .

ولو قال : أُشهدُكما على أنه خطي أو كتابي فقط ، لم يُكتفَ به ، ولو قال : أُشهدُكما أني حكمت بما في هذا الكتاب لا يُكتفى به ، ما لم يُفَصِّلْ حكمَه لهما على المذهب الصحيح[4] .

وقال أبو سعيد الإصطخري : يصحُ التحملُ بذلك ، لأنَّه أقرَّ بمجهولٍ ، يمكن معرفته ، وَوِزَان هذا ، ما إذا أقرَ رجلٌ بحقٍ في ورقةٍ ، وقالَ لشاهد : أشهدُك عليّ بما فيه ، وقد علمته ، ولم يقل للشاهد ما فيه ، ولا ذكره له ، (فيه)[5] خلافٌ ، والصحيحُ في الحاكمِ أنَّه لا يصحُ التحملُ عليه إلا مفصلاً ، بخلافِ القَبالات والصلوكِ ، لخطرِ الحكم .

ولو كتبَ الحاكمُ الكاتبُ في كتابه الحكمي : أنه قد أشهدَ عليه به فلاناً وفلاناً ، ورفعَ في أنسابهما ، وذكرَ صفتهما وما اشتهرا به ، وذكر أنهما عنده من

---

(١) في نسخة ف زيادة ، وهي : أو ثبت عندي كذلك .

(٢) في نسخة ف : أو حكمت به .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٤) انظر : الأم : ٦ / ٢١٧ ، الروضة : ١١ / ١٧٨ .

(٥) في الأصل ونسخة ف : وفيه ، الواو زائدة .

المعدلين ، ولم يَعرفهما المكتوبُ إليه بالعدالةِ ، لم يجز (له)[1] الاعتمادُ على تعديل القاضي الكاتب ، خلافاً للقفال الشاشي .

[القفال الشاشي والقفال المروزي] :

٥٦٢ ـ واحترزنا بالشاشي عن القفال المروزي ، فإنَّ هذا الشاشي متقدمٌ ، من أكابرِ أصحاب ابن سُرَيْج ، موتُه في سنة خمس وثلاثين وثلثمائة ، واسمه عبد الله[2] .

والقفال المروزي : هو أبو بكر ، محمد ، شيخُ المراوزة ، متأخرٌ ، موتُه في سنة سبع عشرة وأربعمائة[3] .

والأولُ صاحبُ وجهٍ ، كبيرُ القدرِ ، وهو والدُ القاسمِ صاحبِ « التقريب » بلا خلاف ، ومن قالَ غير هذا فقد أخطأ[4] .

[شاهدا الحكم هما شاهدا الكتاب] :

٥٦٣ ـ وههنا مسألةٌ حسنةٌ غريبةٌ ، وهي ما لو ثبتَ الحقُّ عند القاضي الكاتبِ بشهادةِ شاهدين ، وحكمَ به (بشهادتهما)[5] ، ثمَّ أصدرَ مكاتبةً حكميةً

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) القفال الشاشي : هو أبو بكر ، واسمه : محمد بن علي ، واختلف الفقهاء في وفاته ، فقالوا : إنه توفي سنة ٣٣٥ هـ ، وقيل سنة ٣٦٥ هـ ، وقيل ٣٦٦ هـ ، وهو والد القاسم صاحب التقريب ، وقد تقدمت ترجمة الوالد في صفحة ٣٦٨ ، وترجمة القاسم في صفحة ١٠٢ .

(٣) القفال المروزي : هو أبو بكر ، شيخ المراوزة والخراسانيين ، واسمه : عبد الله بن أحمد . وتوفي سنة ٤١٧ هـ ، وله ٩١ سنة ، وتقدمت ترجمته في صفحة ٧٧ .

(٤) وما ذكرته هو الصحيح في الاسمين ، كما جاء في جميع كتب التراجم التي اطلعت عليها ، وأشرت إليها في الترجمة ، خلافاً لما ذكر المصنف من نقل اسم الأول للثاني ، واسم الثاني للأول ، ولم أجد كتاباً واحداً وافقه عليه ، (وانظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٣ / ٢٠٠ ، ٥ / ٥٣ ، وفيات الأعيان : ٣ / ٣٣٨ ، ٢ / ٢٥٠ ، طبقات الفقهاء ، الشيرازي : ١١٢ ، ١١٥ ، ١٣٢ ، مفتاح السعادة : ١ / ٣٠٥ ، ٢ : ٣٢٣ ، النجوم الزاهرة : ٤ / ١١١ ، ٢٦٥ ، كشف الظنون : ١ / ٨٣ ، طبقات الشافعية . الإسنوي : ٢ / ٧٩ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٨٢) .

(٥) من هامش الأصل .

بذلك ، وأشهدَ هذين الشاهدين عليه بذلـك ، أو ثبتَ الحقُ بشهـادتِها ، وحكَمَ به ، وسجّل بذلك ، ثم أشهدَهما عليه ، أنه حكَمَ به ، ثم نقلَ صاحبُ الحقِ ذلـك الكتابَ إلى حاكمٍ آخر ، ورامَ إثباتَه عندَه بشهادةِ الشاهـدين بـأعيـانهما ، والحقُ ثبتَ بشهادتِها ، ثمّ هما الشاهدان على الحـاكمِ بثبوتِ الحقِ عنـدَه ، وحكمِه بـه ، قال الأصحابُ : نُظر : إنْ قالا : أشهدَنـا الحـاكمُ على نفسـه بثبوتِ الحقِ عنـدَه وحكمِه به ، ولم يَذكرا أنَّه ثبتَ عندَه بشهـادتها في لفـظِ أدائها الشهـادةَ ، وكانَ الحاكمُ الكاتبُ قد ذكرَ في الكتاب أسماءَهما ، هل يَسمعُ المكتوبُ إليـه شهـادَتها ، إذا كانـا عـدلين عنـده ، ويُنفـِّذُ حكمَ الكاتبِ بقولِها ؟ فيـه خـلافٌ ، والأصحُ عندهم أنَّه [٨٧ / أ] تسمعُ ، وينفذُ .

وإنْ قالا : أشهدَنـا الحـاكمُ الكاتبُ أنـه ثبتَ الحقُ عنـدَه (بشهـادتنـا)[(١)] ، وحكم بها ، ثم أشهدَنا على نفسهِ بذلك ، قالوا : هل ينفذه [المكتوب إليـه][(٢)]؟ فيه خلاف مطلق .

قالَ الأستاذُ أبو علي الثقفيّ[(٣)]: تُسمعُ وتنفذ قولاً واحداً ، قال : وعلى هـذا تفَقهْتُ (وفَقّهتُ)[(٤)] الناسَ ، فيما وراء النهر .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لشهادتنا .

(٢) في نسخة الأصل : الكاتب ، وهو خطأ .

(٣) هو محمد بن عبد الوهاب بن عبد الرحمن بن عبد الوهاب بن عبد الأوحد ، الإمام الجليل ، القدوة ، الأستاذ أبو علي الثقفي ، جمع بين العلم والتقوى ، وكان إماماً مقتدى به في الفقه والكلام والوعظ والورع والعقل والدين ، طلب العلم على كبر السن ، ثم اشتغل بعلوم الصوفية ، وبه ظهر التصوف بنيسابور ، له كتاب أجاب فيه على كتاب الجامع الصغير لمحمد بن الحسن ، وهو من ولد الحجاج بن يوسف الثقفي ، ولد بقوهستان سنة ٢٤٤ هـ تقريباً ، وتوفي سنة ٣٢٨ هـ ، وهو ابن تسع وثمانين سنة ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٣ / ١٩٢ ، النجوم الزاهرة : ٣ / ٢٦٧ ، طبقات الصوفية : ٣٦١ ، الطبقات الكبرى ، للشعراني : ١ / ١٠٧) .

(٤) في الأصل ، فوق هذه الكلمة كلمة أخرى ، وهي : وفهمت ، وكأنها مرادفة لها من الناسخ أو من الأصل ، وفي نسخة ف : وفقهت .

حكى هذا الشيخ أبو علي السِنجي في « شرحه الكبير »[١]، وحكاه أيضاً الهَروي .

وكان أبو علي الثقفي من أكابر أصحابنا ، وله وجهٌ منقولٌ في المذهب ، وممن ينقل عنه كثيراً ، ويذكرُ وجوهَه المنقولة في المذهب ، القاضي حسينُ في « تعليقه » ، والشيخُ أبو علي (السنجي)[٢] في « شرحه » ، والمتولي في « تتمته » ، والهرويُ في « إشرافه » ، وهو أحدُ مشايخ القاضي أبي الطيب الطبري[٣] في حداثته لما اشتغل ببلده ، قبل رحلته إلى العراق ومقامِه بها ، واستكمال اشتغاله على الشيخ أبي حامد الإسفراييني رضي الله عنهم أجمعين .

[قبول شهادة المعزول] :

٥٦٤ ـ ويقربُ من هذه المسألةِ قبولُ شهادةِ الحاكمِ المعزولِ ، إذا قال : أشهدُ أني حكمتُ بكذا ، فإنَّ الإصطخري ذهبَ إلى قبولِه .

---

(١) الشيخ أبو علي السنجي هو الحسين بن شعيب بن محمد ، أول من جمع بين طريقتي العراق وخراسان ، وكان مع القاضي حسين من أنجب تلامذة القفال شيخ الخراسانيين ، وصنف شرح المختصر ، وهو الذي يسميه إمام الحرمين « المذهب الكبير » . وشرح تلخيص ابن القاص ، وشرح فروع ابن الحداد ، توفي سنة ٤٣٠ هـ ، وقبره بجنب أستاذه القفال بمرو ، وانظر تمام ترجمته في صفحة ٧٤ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : والسنجي ، الواو زائدة .

(٣) الضمير في قوله « وهو أحد مشايخ القاضي أبي الطيب الطبري » فيه لبس ، فقد يتبادر إلى الذهن أن المقصود هو الهروي ، وأنه أحد مشايخ أبي الطيب ، باعتبار أن الضمير يعود إلى أقرب مذكور ، وهذا غير سليم ، لأن أبا سعد الهروي توفي في حدود الخمسمائة ، وهو تلميذ القاضي أبي عاصم العبادي الهروي وشرح كتابه أدب القضاء ، وأبو عاصم توفي سنة ٤٥٨ هـ ، وقد يعود الضمير إلى أبي علي الثقفي ، لأن المصنف يتحدث عنه ، ويذكر طرفاً من أخباره ، وأنه شيخ القاضي أبي الطيب الطبري ، وهذا غير صحيح أيضاً ، لأن أبا علي الثقفي توفي سنة ٣٢٨ هـ ، بينما ولد القاضي أبو الطيب سنة ٣٤٨ هـ ، أي بعد وفاته بعشرين سنة ، فلا يعقل أنه تفقه عليه ، وتوفي أبو الطيب سنة ٤٥٠ هـ .

ولا بد أن يكون المصنف قد وقع في لبس ، وأن شيخ أبي الطيب هو أبو علي الزجاجي ، الحسن بن محمد بن العباس ، القاضي ، أحد أئمة الأصحاب ، المتوفى في حدود الأربعمائة هجرية ، ويؤيد هذا ما نقله ابن السبكي في ترجمة القاضي أبي الطيب ، فقال : تفقه بآمل (وهي البلد التي ولد فيها) على أبي علي الزجاجي ، صاحب ابن القاص ، وهذا يتفق مع عبارة المصنف التالية ، بأنه شيخ القاضي في حداثته ، لما اشتغل ببلده ، قبل رحلته إلى العراق ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٣٣١ ، حـ ٥ / ١٣) .

[قبول شهادة المرضعة] :

٥٦٥ ـ كما تُقبلُ شهادةُ المرضعةِ ، إذا قالتْ : أشهدُ أني أرضعته ، وقد سبق ذكر الخلاف في ذلك[١].

[الكتابة إلى قاض معين أو إلى جميع القضاة] :

٥٦٦ ـ وأعلم أنه لا فرقَ في مذهبنا بين أن يكتبَ القاضي الكاتبُ بما جرى عندَه ، من نقلِ الشهادةِ ، أو الثبوتِ فقط ، أو الحكمِ ، إلى قاضٍ معين ، أو إلى جميعِ القضاةِ مطلقاً ، من غيرِ تعيين ، حتى لو كتبَ إلى قاضٍ معينٍ ، وسماه في كتابه ، وجب على كل قاضٍ غيرِه تنفيذُه والعملُ به ، إذا قامتْ به بينةٌ عندَه ، سواء كان المكتوبُ إليه حاضراً حياً بعدُ ، أو ميتاً ، بعد إصدار الكتابِ إليه ، وسواء أوردَ المستحقُ ذلك الكتابَ عليه ، أو لم يورده ، هذا مذهبنا[٢].

[الكتاب إلى قاض خاص أعلى منصباً] :

٥٦٧ ـ فإن كانَ الكتابُ الصادرُ عن القاضي الكاتبِ إلى قاضٍ خاص أعلى منصباً منه ، كقاضي قضاةِ بغداد مثلاً ، فالمكتوبُ إليه أرفعُ منصباً من الكاتب ، قال بعضُ أصحابنا : يُستحبُ تقديمُ اسمُ المكتوبِ إليه على اسمِ

---

(١) فقرة ٤١٧ .

(٢) فيه تنبيه إلى وجود المخالف ، وذلك أن الفقهاء اختلفوا في ذكر اسم المكتوب إليه ، وبقاء أهلية الكاتب والمكتوب إليه ، فأجاز جمهور الفقهاء ، وهم الشافعية والمالكية والحنابلة وأبو يوسف وزفر من الحنفية ، وعليه الفتوى عندهم ، إرسال الكتاب إلى قاضي بلد معين دون ذكر اسم القاضي المكتوب إليه ، وجواز نقله إلى قاض آخر بعبارة « إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين » ، وقالوا : لا يبطل كتاب القاضي بموت القاضي الكاتب أو عزله أو خروجه عن أهلية القضاء ، وكذا المكتوب إليه متى قام غيره مقامه ، وقال أبو حنيفة ومحمد : لا يجوز ترك اسم القاضي المكتوب إليه ، ولا يصح تعميم الكتاب إلى جميع القضاة ، ويبطل بموت الكاتب وعزله وخروجه عن أهلية القضاء ، وكذا المكتوب إليه ، انظر رسالتنا : (وسائل الإثبات : ٢ / ٤٤٦ ، والمراجع المشار إليها) ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٨١ ، وانظر : فقرة ٥٨٠ وما بعدها ، والفقرات ٧٢٣ ـ ٧٢٦ .

الكاتبِ ، فليقل : لعبدِ الله فلانٍ ، قاضي عبد الله الإمامِ المستنصرِ بـالله[1] ، أميرِ المؤمنين ، وخليفةِ رَبِّ العالمين ، بمدينةِ السلامِ حَرَسَها اللهُ تعـالى ، وسـائرِ بلاد المسلمين ، من عبد الله ، فلانٍ قاضي البصرة ، أما بعـدُ : فـإنـه أطـالَ اللهُ بقـاءَ سيدنا قاضي القضاة ، فلان ، وفعل بـه كـذا وكـذا ، [٨٧ / ب] من الـدعـاء الصالحِ اللائقِ به ، فإنه حضر عندي فلانٌ وفلانٌ ، ويكتبُ بما جرى عنده .

[الكتاب إلى قاضٍ خاص أقل مرتبة] :

٥٦٨ ـ وإن كان القاضي الكاتبُ أرفعَ منصبـاً من المكتوب إليـه ، كقـاضي بغدادَ ، إذا كتبَ إلى قـاضي البصرة ، كتبَ : من عبـد الله فلان ، قـاضي عبـدِ الله الإمام المستنصر بـالله ، أمير المؤمنين بمـدينـةِ السلام ، حرَسهـا الله تعـالى ، وسائر بلاد المسلمين ، إلى فلانِ بن فلان ، الحاكمِ بمدينة البصرة ، أما بعدُ : فإنَّه جرى الأمرُ عنـدي على كـذا وكـذا ، ويكتبُ بمـا جرى عنـده ، هـذا إذا كان الكتابُ صادراً عن القاضي الكاتبِ إلى قاضي (بلدٍ)[2] خاصٍ مكتوب إليه .

وإن كانَ كتاباً مطلقاً ، لا ذكرَ فيه لأحدٍ خاصٍ ، فليكتب : كتابي هـذا إلى كلِ من يصلُ إليه من قضاةِ المسلمين وحكامِهم ، وسببُ تحريرِه وإصـدارِه ،

---

(١) هو أبو جعفر ، منصور بن الظاهر بـأمر الله محمد النـاصر ، المستنصر بـالله ، ولـد سنـة ٥٨٨ هـ ، الخليفـة العباسي ، بويع بعد موت أبيه سنة ٦٢٣ هـ ، فنشر العدل وبذل الإنصـاف ، وقرب أهل العلم والـدين ، وبنى المسـاجـد والرُبَط والمدارس والمارستان ، وأقام منار الـدين ، وقمع المتردة ، ونشر السنن ، وكف الفتن ، وقـام بـأمر الجهـاد أحسن قيـام ، وجمع الجيوش لنصرة الإسلام ، وحفـظ الثغور ، وافتتح الحصون ، وبنى على الجـانب الشرقي من بغـداد مـدرسـة ما بني على وجه الأرض أحسن منها ، وكان التدريس فيها على المذاهب الأربعة ، واستخدم عسـاكر عظيـمة لم يستخـدم قبلها أبوه ولا جده ، وكان ذا همة عالية وشجاعة وإقدام عظيم ، وهزم التتـار هزيمة نكراء ، وكان أخوه الخفـاجي على سيرته ، ثم تم التآمر على عزل الخفاجي وتعيين ابنـه أحمد للخلافـة الـذي انهزم أمـام التتـار ، توفي المستنصر بـالله سنـة ٦٤٠ هـ ، وكان هو الخليفـة في زمن المصنف ابن أبي الـدم ، رحمـه الله تعـالى ، ولـذلـك ضرب المثـل بـاسمـه ، (انظر : تاريخ الخلفاء : ٤٦٠ ، البداية والنهاية : ١٣ / ١٥٩ ، النجوم الزاهرة : ٦ / ٣٤٦) .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

أنَّه جرى الأمرُ عندي كذا وكذا ، ولكلِ زمنٍ اصطلاحٌ ، ولكلِ قومٍ مراسمُ ، ونحن نذكرُ (اصطلاح)[1] إقليمنا وبلدِنا في بابِ المكاتباتِ الحكميةِ إن شاء الله تعالى ، فمن هناك يأخذها الطالبُ لها[2].

[أنواع الكتاب الحكميَ والمسافات] :

٥٦٩ ـ ثم اعلم أنَّ الكتابَ الحكميَّ الصادرَ عن القاضي الكاتب لا يخلو : إما أن يتضمنَ نقلَ شهادةٍ فقط ، أو ثبوتاً فقط ، أو ثبوتاً وحُكماً بالحق الثابت .

فإن تضمنَ نقل شهادةٍ فقط : سُمِعَ في مسافةِ القصر قولاً واحداً ، ولم يُسمع فيما دونَ مسافةِ العدوى ، [وفي][3] مسافةِ العدوى خلافٌ[4] ، كما في الشهادة على الشهادة .

وإن تضمن ثبوتَ الحقِ فقط ، (فهل)[5] تُسمعُ في المسافةِ القريبة ؟ فيه خلافٌ مبنيٌ على أن الثبوتَ حكمٌ ، أم الحكم أمرٌ وراء الثبوت ؟ (فيه)[6] وجهان ، ذكرناهما فيما تقدم[7] .

وذكر الأئمة ههنا اختيارَ الشيخ أبي حامد الإسفراييني أنه حكمٌ ، فيُسمعُ ، والأصحُّ عندَ الجماهيرِ أنَّه لا يُسمعُ إلا في المسافةِ البعيدة ، وفي مسافةِ العدوى خلافٌ مشهورٌ .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : مصطلح .

(٢) صفحة ٤٩٤ وما بعدها .

(٣) في الأصل : في ، والواو ساقطة ، والجملة كلها ساقطة من نسخة ف .

(٤) الأصح أنها تسمع ، وسبق أقوال الفقهاء في الشهادة على الشهادة والمراجع فيها ، فقرة ٤٥٧ ، (وانظر : المهذب : ٢ / ٣٠٥ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤١١ ، شرح المحلي : ٤ / ٣١٠ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٨٥ ، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة : ٢ / ٢١١ ، على هامش الميزان ، إعانة الطالبين : ٤ / ٢٤٤ ، الروضة : ١١ / ١٧٨) .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : هل .

(٦) في الأصل : وفيه ، الواو زائدة ، وكذا في نسخة ف .

(٧) فقرة ١١٨ ، ٢٧٦ ، ٢٧٧ ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٨٥ .

وإن تضمنَ الكتابُ الحكميُّ الحكمَ بالحقِ ، سُمع في القريبِ والبعيدِ[1] ، كيف كان ، مراسلةً ومشافهةً .

هذا تمامُ الكلامِ في الشهادةِ بالكتابِ الحكمي ، أو بما جرى عند الحاكم الأول في سجلٍ أو محضرٍ مثلا ، أو صكٍ تضمن حقاً .

[المشافهة بين قاضيين] :

٥٧٠ ـ أما المشافهة ، فنعني بها مشافهةَ أحدِ القاضيين للآخر ، وإخباره هو بما جرى عنه[2] .

وتفصيلُ القولِ في ذلك ، أنَ قاضي البصرة إذا جرت عنده قضيةٌ شرعيةٌ لمدّعٍ ، وأخبرَ بها قاضي الكوفة ، لا يخلو : إما إن اجتمعا ، وأخبره بها ، وكل منهما ليس في محل ولايته ، أو أخبره ، وهما بالبصرةِ ، [٨٨ / أ] أو هما بالكوفةِ ، أو هذا واقفٌ في آخر طرف ولايته لم يخرج منه ، وهذا واقف في آخر طرف ولايته لم يخرج عنه[3] ، ثم ناداه بما جرى عنده .

[المشافهة في غير عملها] :

٥٧١ ـ فإن أخبرَه في غير عملِها بما ثبتَ عندَه ، أو حكَمَ به ، أو سمِعَه من البينة ، ثم رجعَ كلُ واحدٍ منهما إلى عمله ، لم يجزْ لقاضي الكوفة أنْ ينفذَ ما حكَمَ به قاضي البصرةِ ، ولا يحكمُ بما ثبت عندَه ، ولا بما سمعَ من البينة ، قولاً واحداً ، ولا يحصلُ له علمٌ بما أخبره قاضي البصرةِ ، لأنّهما في غيرِ عملها ، فهما

---

(١) لأن الحكم يجب على كل فرد ، قاضياً كان أو غيره ، أن ينفذه ، (انظر : المراجع السابقة ، هامش ٤) .

(٢) هكذا في الأصل ونسخة ف ، ولعل الصواب : « عنده » ، وانظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤١٠ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٧٤ ، شرح المحلي على المنهاج : ٤ / ٣١٠ ، الأم : ٦ / ٢١٨ ، حاشية البجيرمي : ٤ / ٣١٩ ، الروضة : ١١ / ١٨٣) .

(٣) في نسخة ف : منه ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٨٤ .

بمنزلة الرعيةِ ، فلا يُفيدُ إخبارُ أحدِهما صاحبَه علماً ، كما في بقية الرعية[1]

[المشافهة بمحل الأول] :

٥٧٢ ـ وإن اجتمعا بالبِصرة حصلَ لقاضي الكوفةِ علمٌ بما أخبره به قاضي البصرة ، لأنه في محل ولايته ، فإذا عادَ هل يُنفذُه ويبني عليه ؟ فيه قولا الحكم بالعلم[2] .

[المشافهة بمحل الثاني] :

٥٧٣ ـ وإن أخبرَه بالكوفة لم يحصلْ لقاضيها علمٌ بما أخبره به قاضي البصرة ، لأنه أخبرهُ ، وهو في غير عملهِ ، فصار كبعض الرعية ، فلا يجوزُ له البناءُ على قوله ، قولاً واحداً .

[المشافهة من الولايتين] :

٥٧٤ ـ وإن تنادياَ من ولايتهما ، بأن كان كلُ واحدٍ منهما واقفاً في طرف ولايته ، وفرضَه أصحابنا في قاضيين ببغداد ، أحدُهما بالجانب الشرقي ، والآخر بالجانب الغربي ، وولايةُ كل منهما مقصورةٌ في جانبه[3] ، فإذا وقف أحدهما على شاطئِ عملِه ، ونادى الآخرَ ، وهو على شاطئ عمله ، يا فلانُ ، صدرَ مني كذا وكذا ، وأنا أعلمُك به ، لا يخلو : إما أن (يُشافِهَه)[4] ، بأنَّه شهدت عنده بينةٌ للنقلِ ، فهو ينقلُ شهادتَها ، أو أنَّ الحقَ ثبتَ عنده بعلمِه مثلاً ، أو بشهادةِ شاهدين ، أو بإقرارِ المدعى عليه ، أو بنكولِ المدعى عليه ويمين

---

(١) انظر : الروضة : ١١ / ١٨٣ .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ١٨٤ .

(٣) أرى أن هذا الفرض غير صحيح ، لعدم توفر اشتراط المسافة بين القاضيين ، كما سبق بيانه ، وكما سيأتي تفصيل حكم المسافة في الصفحة التالية .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : شافهه .

المدعي ، أو أنه حكَمَ بالحقِ بعد ثبوته بالطرق الشرعية المذكورة[1] .

٥٧٥ ـ فإنْ أعلمه بأنّه سمعَ شهادةَ البينةِ للنقل ، وفوّض الثبوتَ إليه ، والنظر في عدالة الشهود ، إن لم تكن عادلة عنده ، أو أعلمه ، لم يجزْ للسامعِ المخاطبِ أن يبنيَ على ذلك ، ولا يحصلُ له علمٌ به ، لأنه بمنزلةِ شاهدِ فرعٍ ، يحكي شهادة الشهود ، وهذه مسافة[2] قريبة .

٥٧٦ ـ وإن أعلمَه بأنه ثبت عنده ، فالحكمُ كذلك ، بناءً على أن الأصح أن الثبوتَ ليس حكماً .

٥٧٧ ـ فإنْ أعلمَه بأنه حَكَمَ بذلك جازَ له البناءُ عليه ، وتنفيذهُ والعملُ بمقتضاه ، هذا إذا كانا في شقي بغداد[3] .

٥٧٨ ـ أما إذا كان للبلدِ قاضيان على الشيوع ، وجوزنا ذلك ، فسمعَ واحدٌ بينةَ مدعٍ على مدعى عليه ، وقال للقاضي الآخر : قد سمعتُ البينةَ ، [٨٨ / أ] فاقضِ أنتَ ، قالَ الإمامُ : إن قلنا : ما صدرَ من القاضي السامعِ حكمٌ بسماع البينةِ ، فليس على القاضي المستمع استعادةُ الشهادة ، وإن قلنا : سبيلهُ النقلُ ، فالسامع إذاً فرعٌ ، والمستمعُ قادرٌ على سماع الشهادة فليستعدها[4] .

قال الإمامُ : وهذا ، وإنْ أجريناه مقطوعاً به من (قبلُ)[5] ، فهو مختلفٌ فيه ههنا كما ذكرناه .

---

(١) انظر : الروضة : ١١ / ١٨٤ ، ١٨٧ .

(٢) في نسخة ف : بمشافهة .

(٣) انظر الأم : ٦ / ٢١٨ ، الروضة : ١١ / ١٨٤ .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ١٨٤ ، ١٨٧ .

(٥) في الأصل : قبيل ، واللفظة ساقطة من نسخة ف .

٥٧٩ ـ أما إذا كانَ بين نفس البلدينِ مسافةٌ بعيدةٌ كالكوفة والبصرة ، فاتفق أنَّ كلَ واحدٍ منهما وقفَ في آخر طرف عمله ، لم يخرج منه ، وتناديا بثبوتٍ أو حكم ، ثم عادَ كلُّ واحدٍ منهما إلى عمله ، وبين البلدين فوقَ مسافةِ القصر ، فقد حصلَ للمخبَرِ علمٌ من المخبِرِ ههنا ، لأنَّ كلَ واحدٍ منهما أهلٌ لما يَصْدُرُ منه ، فالمخبِر أهلٌ للقول ، (والمخبَر)[1] أهلٌ للسماع ، فينبني على جوازِ الحكمِ بالعلم .

هذا تمامُ الكلامِ في القاضي الكاتب ، وما يصدُر عنه من المكاتبةِ الحكمية ، إلى القاضي المكتوب إليه .

[تغير حال القاضي الكاتب] :

٥٨٠ ـ والكلامُ الآن فيما يطرأ عليه ، مما يخرجُه عن ولايةِ الحكم ، فنقول : إذا تغيرتْ حالُ الكاتبِ بما يمنعهُ من الحكمِ ؛ من موتٍ أو عزلٍ أو فسقٍ أو جنونٍ ، فمذهبُنا أنَّ حكمَ كتابهِ ثابتٌ ، وقبولَه واجبٌ ، سواء تغيرت حالُه قبلَ خروج الكتاب من يده أو بعدَه[2] .

وقال أبو حنيفة : قد بطل كتابه في الحالتين[3] .

وقال أبو يوسف : إنْ تغيرتْ حالُه قبلَ خروجِ الكتابِ من يده سقطَ حكمُه ، وإنْ كان بعدَه ثبتَ حكمُه[4]

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فالمخبَر ، بالفاء .

(٢) انظر : الأم : ٦ / ٢١٧ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٤٤ ، المهذب : ٢ / ٣٠٥ ، الروضة : ١١ / ١٨١ .

(٣) انظر : رد المحتار على الدر المختار : ٥ / ٤٣٧ ـ ٤٣٨ ، فتح القدير وشروح الهداية : ٥ / ٤٨٤ ، درر الحكام : ٢ / ٤١٤ ، معين الحكام : ١١٧ ، وسائل الإثبات : ٢ / ٤٤٦ ، مختصر الطحاوي : ٣٣٠ ، وفي نسخة ف : بالحالين .

(٤) صرح علماء الحنيفة أن مذهب الإمام أبي يوسف كمذهب الشافعي رحمهما الله تعالى في عدم اشتراط بقاء أهلية القاضي الكاتب أو المكتوب إليه ، (انظر : فتح القدير : ٥ / ٤٨٤ ، معين الحكام : ١١٧) ، وانظر فقرة ٥٦٦ هامش ٢ ، صفحة ٤٧٤ ، والفقرة ٥٨٢ الآتية .

٥٨١ ـ أما لو فسقَ ، والعياذُ بالله ، أو جُنّ ، فإنْ كانَ الكتابُ بحكم ، قد أمضاه في حالِ سلامتهِ ، وجبَ قبولهُ بعدَ تغيرِ حالتهِ[١] ، وإن كانَ بثبوت حقٍ فقط ، قال الماورديُّ : إن تغيرتْ حالـه قبل قبول المكتوب إليـه كتابه سقط حكمُـه ، كالشهـادة على الشهـادة ، وإن كانَ بعـد قبـولِ الكتـاب ثبتَ حكمُ كتابه[٢] .

وقالَ القاضي أبو الطيب : إنْ كانَ كتابَ حكمٍ أمضاه المكتوبُ إليه ، وإن كان الكاتبُ قد ماتَ أو عُزل قبلَ وصوله إلى المكتوبِ إليـه ، وإنْ كانَ كتابَ تثبتٍ فـإن [كان][٣] الكاتبُ مـاتَ أو عُزل بعـدَ وصولـه إلى المكتـوب إليـه ، وسماع البينـة ، صحَّ ، وكانَ مـاضيـاً بلا خلاف ، وإنْ كان مـاتَ أو عُزل قبلَ وصولِه إلى المكتوبِ إليه عُمِل به عندنا ، خلافاً لأبي حنيفة[٤] .

وقـال الشيـخُ أبـو عليّ : إن كانت مكاتبتـهُ بسماعِ [٨٩ / أ] بينـة ، ثم تغيرت حالهُ بفسقٍ أو رِدّةٍ ، ليس للمكتوب إليـه أن يحكمَ بـه ، كما في نظيره في الشهادة على الشهادة[٥] .

قال : وإذا تغيرتْ حالهُ بموتٍ أو عزلٍ ، إن كان المكتوبُ إليه ليس خليفةً

---

(١) في نسخة ف : حاله .

(٢) الحاوي ، لـه : ١٢ ق ٧٣ / ب ، وانظر : مختصر المزني : ٥ / ٢٤٤ ، أدب القـاضي ، لـه : ٢ / ١٤٠ ، مع التصرف بالعلعبارة ، الروضة : ١١ / ١٨١ .

(٣) اللفظ من عندي . وهو ساقط من نسخة الأصل ، وفي نسخة ف ساقط مع سطر كامل .

(٤) عبارة الحنفية صريحة في ذلك ، واستدرك الكمال بن الهمام عليهم أنـه لا عبرة للوصول ، وإنما العبرة بقراءة الكتاب ، فإن فقد القاضي الكاتب أهلية القاضي بعد وصول الكتاب وقبل قراءته فلا يقبل ، وقال الكمال : وبهـذا تبين أن العبارة الجيدة أن يقال : لو مات قبل قراءة الكتاب ، لا قبل وصوله ، لأن وصولـه قبل ثبوتـه عنـد المكتوب إليـه وقراءته لا يوجب عليه شيئاً ، (انظر : فتح القدير : ٥ / ٤٨٤ ، والمراجع السابقة) .

(٥) أيـد الشيرازي هـذا الرأي فقـال : إن فَسقَ الكاتب ثم وصل كتـابـه ، فـإن كان ذلـك فيا حكم بـه لم يـؤثر فسقه ، لأن الحكم لا يبطل بالفسق الحادث بعده ، وإن كان فيا ثبت عنده ، لم يجز الحكم بـه ، لأنـه كشـاهـد الأصل ، وشاهـد الأصل إذا فسق قبل الحكم لم يحكم بشهـادة شـاهـد الفرع ، (المهـذب : ٢ / ٣٠٥) ، وانظر حكم فسق الأصل في الشهادة على الشهادة في (مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٤) ، والفقرة ٤٦٣ من هذا الكتاب .

للكاتب[1] ، فله أن يقضيَ بكتابِ الكاتب ، وإنْ كان خليفته[2] ، هل له أن يحكمَ بكتابه ؟ فيه وجهان ، بناءً على أنَّ خليفته ، هل ينعزلُ بموته أو لا ؟ والصحيحُ أنه لا ينعزلُ ، فله أن يحكمَ به .

[تغير حال القاضي المكتوب إليه] :

٥٨٢ ـ أمَّا ما يطرأ على المكتوبِ إليه ، والفرضُ : إنْ كانَ الكاتبُ كتبَ كتابه إلى مكتوبٍ إليه خاصٍ ، وليس بمرسَلٍ ، فإذا[3] ماتَ القاضي المكتوب إليه ، أو عزِل ، ونُصب قاضٍ آخرُ ، فوردَ الكتابُ على الثاني ، هل له أن يعملَ به ؟ الأكثرون من أصحابنا قالوا : نعم[4] ، وفيه وجهٌ ، وهو مذهب أبي حنيفة[5] ، ومالك[6] : ليس له العملُ به ، لأن المخاطَب بالكتابِ غيرهُ ، وقد خصّه الكاتبُ به .

---

(١) في نسخة ف : الكاتب .

(٢) في نسخة ف : خليفة .

(٣) في نسخة ف : فأما إذا .

(٤) ذكر الشيرازي هذا القول ، واقتصر عليه ، معللا ذلك بقوله : لأن المعول على ما حفظه شهود الكتاب وتحملوه ، ومن تحمل شهادة وجب على كل قاض أن يحكم بشهادته : (المهذب : ٢ / ٣٠٥) ، وانظر : أدب القاضي ، للماوردي : ٢ / ١٤٠ وما بعدها .

(٥) انظر مذهب الإمام أبي حنيفة في المراجع السابقة : (رد المختار وفتح القدير ودرر الحكام ومعين الحكام ومختصر الطحاوي) .

(٦) قال ابن جزيء : إذا مات القاضي المكتوب إليه أو عزل لزم من ولي بعده إعمال ذلك الخطاب ، خلافاً لأبي حنيفة ، (قوانين الأحكام الشرعية : ٣٢٦) ، وقال ميارة في (شرح تحفة الحكام : ١ / ٤٧) ، نقلا عن المدونة : فإن مات القاضي المكتوب إليه أو عزل ووصل الكتاب إلى من ولي بعده أنفذه من وصل إليه ، وإن كان إنما كتب إلى غيره ، وكذا في (البهجة شرح التحفة : للتسولي : ١ / ٧٩) ، ولكنهما بينا أن عند المالكية وجهاً بعدم قبول كتاب القاضي إذا مات القاضي الكاتب ، أو عزل ، لأن الكتاب كالمشافهة ، والميت لا يتكلم ، والمعزول لا يقبل كلامه ، (البهجة : ١ / ٧٨) ، وصرح بذلك ابن فرحون فقال : كتاب لا يضره موت من مات منها ، (تبصرة الحكام : ٢ / ١٥ ، ١٧) ، وكذلك قيد المالكية قبول كتاب القاضي بعد موت كاتبه بحالة الإشهاد عليه ، فإن لم يشهد عليه فلا يعمل بكتابه بعد موته وعزله ، (انظر : تبصرة الحكام : ٢ / ١٧ ، حاشية الدسوقي : ٤ / ١٦٠ ، بداية المجتهد : ٢ / ٥٠٦) .

=

أما إذا كانَ قد كتبَ القاضي الكاتبُ إلى مكتوبٍ إليه خاصٍ ، وإلى كلِ منْ بلغه من حكام المسلمين ، وتغيرتْ حالُ من سمَّاه بموتٍ أو عزلٍ أو فسقٍ ، فللمتولي مكانَه أنْ يعملَ بكِتابه ، سواء كتبَ بحكمٍ مبرمٍ أو بسماع بينةٍ .

وهكذا إنْ كانَ الكاتبُ لم يسمِّ قاضياً في كتابه ، بل كتبه مرسَلاً إلى كلِ من يصلُ إليه من حُكّامِ المسلمين فالحكمُ كذلك .

[إحضار المدعى عليه المعين في الكتاب] :

٥٨٣ ـ ثم مهما وصلَ الكتابُ الحكميُّ إلى القاضي المكتوبِ إليه ، وأحضرَ المدعي المدعى عليه ، فإنْ كانَ القاضي الكاتبُ قد حكم على رجلٍ معروفٍ باسمه ونسبه وعينه ، مشهورٍ بصفاتٍ لا يشاركُه فيها غيره ، ألزمه بعد ثبوت الكتاب عنده[١] .

[إنكار المدعى عليه الموصوف] :

٥٨٤ ـ وإن كان حكمَ على محمد بن عبد الله بن علي ، ووصفه بصفاتٍ خَلْقيةٍ ، وجدها المكتوب إليه فيه ، فإن أنكر المستحضَرُ الآن دعوى المدعي ، وأنكر أن يكونَ هو المحكومُ عليه ، وأنكرَ اسمَه ونسبه ، أو اعترفَ أنَّ اسمَه محمد ، وخالفَ في اسم أبيه أو جده ، فالقولُ قولهُ مع يمينه ، وعلى المدعي إقامةُ بينةٍ تشهدُ أنَّه هو المحكومُ عليه ، أو تشهدُ باسمه ونسبه الموافقِ لما في الكتابِ[٢] .

وإنْ قالَ : أنا محمدُ بنُ عبد الله بن علي ، لكني لستُ المحكومَ عليه ، لم

= ويظهر من ذلك أن مذهب الإمام مالك يتفق مع مذهب الإمام الشافعي ، خلافاً لما ذكره المصنف .

(١) انظر : الروضة : ١١ / ١٨٠ .

(٢) انظر : الأم : ٦ / ٢١٨ ، المهذب : ٢ / ٣٠٥ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤١٠ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٠٩ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٧٣ ، الروضة : ١١ / ١٨٢ .

يُقبلْ قولهُ في ذلك ، بل لا بدّ منْ أنْ يقيمَ بينةً تشهدُ أنَّ له في البلدِ منْ يشاركهُ في هذا الاسمِ والنسبِ[1] ، وإنْ كانَ المشاركُ ميتاً يومئذ ، بشرطِ أنْ يكونَ معاصراً له .

وإنْ لم يعاصرْه لم تثبتِ المشاركةُ ، وإن [٨٩ / ب] عاصرَه نُظر : إنْ كانَ الميتُ ماتَ بعدَ الحكمِ حصلتِ المشاركةُ[2] ، وإنْ كانَ قد ماتَ قبْلَ الحكم ، هل تثبتُ المشاركةُ ؟ فيه وجهان ، ذكرهما الماوردي[3] .

ولو أنكرَ الاسمَ أو النسبَ ، وعجزَ المدعي عن بينةٍ تَشهدُ باسمه ونسبه ، فله أنْ يُحلِّفَه ، إنَّه ليس اسْمُه محمدَ بن عبدِ الله بنِ علي .

فلو قالَ : أنا أحلفُ ، إنَّك لا تستحقُّ عليّ ما ادعيتَ به ، لم يُسمع على المذهبِ ، وقال الصيدلانيُّ : يُسمعُ .

قال الإمام : وهذا عندي خطأ ، لأنّه إنما يمتنعُ من اليمينِ على نفيِ الاسم والنسبِ لثبوتها ، ولو ثبتَا فالحجةُ قائمةٌ ، والقضاءُ مبرمٌ ، بخلافِ ما لو ادّعى جهةً في الاستحقاق على رجلٍ ، كقرضِ درهمٍ مثلاً ، فلمْ يتعرضْ المدعى عليه لها في الجواب ، واقتصَرَ على قوله : لا يستحقُّ عليَّ شيئاً ، كفاهُ ، قولاً واحداً ، لأنَّ الدعوى ليست حجةً ، فأثبتَ الشرعُ للمدعى عليه مَسْلكاً في الجواب ، يُوافقُ الحقَّ عنده ، ويضادُّ مقصودَ المدعي .

قال الإمام : والمسألةُ محتملةٌ مع ما ذكرناه .

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) في نسخة ف : المشترك .

(٣) الحاوي ، له : ١٢ ق ٧٣ / ب ، وانظر : مختصر المزني : ٥ / ٣٤٤ ، المهذب : ٢ / ٣٠٥ ، أدب القاضي ، الماوردي : ٢ / ١٥٧ ، الروضة : ١١ / ١٨٢ ـ ١٨٣ .

[جواب المدعى عليه الموصوف] :

٥٨٤ / ٢ ـ قلت أنا : هذا الخلافُ بينَ الإمام والصيدلاني ، في كيفيةِ اليمين وصفتها ، ينبغي أن يتقدمَه كلامٌ في جواب المدعى عليه ، فإنَّ اليمينَ وتوجُّهَهَا فرعُ صحةِ الجوابِ على الدعوى بالإنكار .

فنقولُ : إذا أحضرَ المدعي المدعى عليه ، فلا بُدَّ أن يَدَّعيَ أن الحاكمَ الكاتب فلاناً حكم له على محمدِ بن عبد الله بن علي الذي مِنْ صفته كيت وكيت ، وهو هذا الحاضر ، وأنا استحقُّ ذلك في ذمته ، وأسألُ سؤالَه ، أو يدعى أنه يستحقُّ في ذمةِ هذا الحاضرِ كذا وكذا ، وسألَ سُؤالَه ، فإذا أجابَ بأنك لا تستحقُّ علي ما ذكرتَ ، ولا شيئاً منه ، أو لا يلزمُني تسليمُ ذلك إليه ، ولا تسليمُ شيءٍ منه ، وأصرَّ على هذا الجواب ، ولم يتعرضْ فيه لذكر الاسم والنسب نفياً ولا إثباتاً ، هل يُكتفى منه بهذا الجواب أم لا ؟

فإنْ اكتُفيَ بهذا الجوابِ وجبَ الاكتفاءُ في اليمين بنفي الاستحقاقِ قطعاً ، ولا يَبقى فيه تقديرُ خلافٍ ، وإن لم يُكتفَ منه بهذا الجواب ، بل لا بدَّ له من التعرضِ لنفي الاسم والنسب .

فهذا موضعُ الخلافِ والنظرِ ، وظاهرُ فحوى كلامِ الإمامِ أنّه لا يُكتفى منه في الجواب بنفي الاستحقاق فقط ، بل لا بُدّ له من التعرضِ إلى الاسم والنسب بنفيٍ أو إثباتٍ ، وهذا من لطيفِ الفقه وحَسَنِه[1] فليفهم .

[الكتاب بالحكم على شخص باسمه فقط] :

٥٨٥ ـ أما إذا كانَ الكتابُ الحكميُّ تضمَّنَ الحكَم على محمد بن عبد الله فقط ، من غير ذكرِ جدٍّ ، ولا حليةٍ مُميزة ، [٩٠ / أ] ولا صفةٍ مشهورةٍ ،

---

(١) في نسخة ف : وهذا من ألطف الفقه وأحسنه .

فهذا الحكمُ باطلٌ[1] ، فلو وقعَ كذلك ، وكتبَ الحاكمُ به مكاتبة حكمية ، ووردت على المكتوب إليه ، واستحضر المدعي من يزعمُ أنه محمدُ بن عبد الله ، وأنَّه هو المحكومُ عليه ، فقال المستحضَر : أنا محمدُ بن عبد الله ، وأنا المعنيُّ بالكتابِ الحكميِّ ، لكن لا حقَّ لهذا المدعي عليّ ، فالقولُ قولُه مع يمينه ، ولا يلزمُه شيءٌ ، لأنَّ الحكمَ وقع باطلاً في نفسه ، إذْ وقعَ على مُبهمٍ ، غيرِ مُعيّن ، لا بإشارةٍ ولا باستقصاء وصفٍ ، ولا بما يُميزه عن غيره .

نعم ، إن أقر بالحق المدَّعَى به (أخذناه)[2] بإقراره[3] .

[طعن المحكوم عليه بالبينة] :

٥٨٦ ـ ومهما ألزم بالحقّ بالمكاتبةِ ، لا بإقراره ، بأنْ أنكرَ الحقَّ ، لكنه اعترف بالاسم والنسب ، ثم ادَّعى جَرْح البينةِ التي شهدت عليه ، نُظر : إنْ ادّعى بينه وبينهم عداوةً أو شركةً ، فيما شهدوا به ، أو بينهم ولادةٌ تمنعُ من قبول شهادتهم ، فهذا ليس بجَرْح في عدالتِهم ، فتُسمع منهم البينةُ بذلك ، ويَبطلُ الحكمُ عليه بذلك ، مهما ثبت الجَرْح .

وإن جَرَحهم بالفسقِ ، وما تسقطُ به العدالةُ ، وأقامَ[4] بينةً بفسقِهم في وقت شهادتهم ، سُمعت ، وسقطت شهادتُهم ، وبطلَ الحكم المترتبُ عليها .

(وإن شهدوا بفسقِهم بعدَ الحكمِ بشهادتِهم لم يُؤثر في ردِّ شهادتهم)[5] ، وإن شهدوا بفسقهم قبلَ سماعِ شهادتهم ، فإنْ كانَ بين زمنِ الشهادة والجَرْحِ

---

(١) انظر : الروضة : ١١ / ١٨٣ .

(٢) في الأصل ونسخة ف : وأخذناه ، الواو زائدة .

(٣) انظر : الروضة : ١١ / ١٨٣ .

(٤) في الأصل ونسخة ف زيادة حذفتها لصحة المعنى ، وهي : وإن أقام .

(٥) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(قربٌ)[1] ، لا يتكاملُ فيـه صلاحُ الحـالِ في مثلـه ، سُمعت بينـةُ الجرح ، وسقطت شهـادتُهم ، وإنْ طـالَ الـزمن بينهما لم تُسمع البينـةُ بـالجرحِ ، وحكم بشهادتهم[2] .

[السؤال عن أسماء الشهود] :

٥٨٧ ـ هذا كله إذا كانَ القاضي الكاتـبُ ذكرَ في كتابـه أسماءَ الشهودِ الـذين حكم بالحق بشهادتهم ، أما إذا لم يذكر اسم شاهدٍ في كتابه ، فسأل المحكوم عليـه القاضي المكتوبَ إليه ، أن يكاتبَ القاضيَ الكاتبَ يسـألـه عن أسماء الشهود ، لم يلزمه إجابتُه ، ولا يجوزُ لـه أن يكتبَ إلى القـاضي الكاتبِ بـذلـك ، لأن فيـه اعتراضاً على القاضي الكاتبِ في أحكامِه وشهودِه .

وكذلـك لو سـأل المحكومُ عليـه المحكومَ لـه أن يـذكرَ لـه أسماءَ شهوده ، لم يلزمْه تسميتهم ، ولم يكن للقاضي المكتوبِ إليه أنْ يسألَه عنهم .

ولو خرَج المحكومُ عليه إلى القاضي الكاتبِ وسألـه عن أسماء الشهود الـذين شهدوا عليه ، نُظر : إنْ كانوا ممنْ قد استقرت عدالتُهم عندَه ، وهم ممن لا تُعـاد المسألة عنهم لتقديم شهادتهم ، لم يلزمْـه تسميتُهم لـه ، وإنْ كانوا ممن لم يشهـدوا بعـدُ عنـده ، بغيرِ هـذه الشهـادةِ ، وهم ممن تعـادُ المسـألـةُ عنهم ، وجبَ عليـه تسميتهم لـه بعـد سؤالـه ، فـإن أقـامَ [٩٠ / ب] بينـةً بجرْحهم سمعَهـا ، على ما تقدم تفصيله .

[نقض الحكم السابق] :

٥٨٨ ـ ثم لا (تُقبـلُ)[3] الشهـادةُ بـالجَرْح إلا مُفَسَّراً مُفصـلاً ، فـإذا ثبتَ

---

(١) اللفظ من عندي ، وفي الأصل ونسخة ف : قريب .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ١٨٦ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يقبل .

عندَه جرحُهم نقضَ حكمه ، وكتبَ إلى القاضي المكتوب إليه بنقضه .

[السؤال عن سبب الحكم] :

٥٨٩ ـ ولو لم يذكر القاضي الكاتبُ في كتابه سببَ حكمِه ، بل قال : ثبتَ عندي بما يَثبتُ بمثله الحقوقُ ، وحكمتُ بذلك ، وسأله المحكومُ عليه عن سببه ، نُظِر : إن كانَ قد حكَم عليه بإقراره لم يلزمه ذكرُه ، وإن كانَ قد حكم عليه بالنكولِ منه ويمين الطالب ، لزمَه ذكره ، وإن كانَ قد حكم عليه بالبينة ، فإنْ كانَ الحكمُ بحقٍ في الذمةِ لم يلزمه ذكرُ البينةِ ، وإن كانَ بعينٍ قائمةٍ (له)[1]، لزمَه ذكرُها .

ذكرَ هذا كلَّه الماورديُّ[2]، وذكرَ بعده اختلافاً غريباً عندنا ، فقال[3]:

لو سألَ الطالبُ الحاكمَ أن يحكمَ له بالشاهدِ واليمين ، وهو يراه ، وكان المحكومُ عليه حاضراً ، حكم عليه بإقرارِه ، وإنْ كان غائباً ، وأرادَ الطالبُ منه أن يَسْتَنْجِز منه كتابَه إلى قاضي بلد المطلوب ، ففي جوازِ الحكمِ بالشاهد واليمين ، فيما يكتبُ به إلى غيرِه ، وجهان ، أحدُهما : نعمْ ، لأنه مذهبٌ مشهورٌ ، والثاني : لا يجوزُ أن يكتبَ به ، لأن المخالفَ من العراقيين يرى نقضَ الحكمِ به[4]، وهو من سرَفِهم ، فلم يكن له تعريضُ حكمه للنقض .

قال الماورديُّ : والأولى عندَهم من إطلاق هذين الوجهين أن يُعتبَرَ رأيُ

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) أدب القاضي ، له : ٢ / ١٦٢ وما بعدها ..

(٣) أدب القاضي ، له : ٢ / ١٦٣ مع التصرف بالعبارة .

(٤) وهو مذهب الحنفية الذين ينكرون القضاء بالشاهد واليمين ، ويفتون بجواز نقض الحكم إن اعتمد على الشاهد واليمين ، لأنه يخالف ـ في رأيهم ـ السنة المشهورة ، وهي « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ، (انظر : فتح القدير : ٥ / ٤٨٨ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥ / ٤٠١ ، درر الحكام : ٢ / ٤٠٨) ، وقد سبق الإشارة إلى هذه المسألة في صفحة ١٦٦ .

القاضي المكتوبِ إليه ، فإنْ كان يرى القضاءَ بالشاهد واليمين كتب ، وإلا فلا يكتب .

فإن أرادَ القاضي في حكمه بالشاهدِ واليمين أنْ لا يذكرَ في كتابه ذلك ، بل يُطلقُ الحكمَ بالبينة ، أو بثبوتِ الحق عندَه ، جازَ ، هذا ما ذكره الماورديّ[1] .

٥٩٠ ـ **قلت أنا** : والذي عندي أنَّ هذا الخلافَ الذي نقله مُنزَّلٌ على التفصيلِ الذي اختاره ، وإلا فلا يذهبُ فقيهٌ (إلى)[2] أنَّه لا يجوزُ للقاضي الشافعي إذا حكم بالشاهدِ واليمينِ أن يكاتبَ به القاضي الشافعي أيضاً ، لا يصير[3] إلى هذا أحدٌ ، بل يمكنُ تنزيلُ الخلاف على ما إذا حكم الشافعي بالشاهد واليمين ، وكتب به كتاباً مطلقاً مرسلاً ، لم يذكر فيه حاكماً خاصاً ، فهذا يمكنُ فرضُ خلافٍ فيه مع بُعدِه ، لإمكان أن يكون المحكومُ عليه الغائبُ ببلدٍ ، حاكمُه حنفيٌ فيتعرضُ حكمُهُ لنقضِه .

[ظهور الشاهدين فاسقين بعد الحكم] :

٥٩١ ـ قلتُ : وههنا لطيفةٌ لا بدَّ من التعرض[4] لها ، وهو أنّا قد ذكرنا فيما تقدَّم خلافاً في أنَّ الحاكم إذا حكم [٩١ / أ] بشهادةِ شاهدين ، ثم بأن كونُهما فاسقين عند الحاكمِ ، هل ينقضُ قضاءَه ؟ فيه قولان ، أصحُهما وأقيسُهما النقضُ[5] .

---

(١) أدب القاضي ، له : ٢ / ١٦٤ مع التصرف بالعبارة ، وبعدها : لأنه يحكم باجتهاد نفسه ، ولا يحكم باجتهاد غيره .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) في نسخة ف : لم يَصِر .

(٤) في نسخة ف : التنبيه .

(٥) فقرة ٤٧٤ .

[نقض الحكم على غائب لفسق الشاهدين] :

٥٩٢ ـ ولو حكم على غائب بحقٍ ، ثم أثبتَ الغائبُ فسقَ الشاهدين حالة الحكم ، فلا خلاف في نقضِ الحكم ، وسببهُ أنّا لو لم نقلْ بهذا لجرَّ حيْفاً على الغائبِ ، بخلافِ الحاضرِ ، فإنّه المُقَصّرُ إذا لم يبحث ، وهذا من لطيف الفقه ، فليُعلم .

[استيفاء الحق المكتوب به] :

٥٩٣ ـ ويتصلُ بما ذكرناه ذكرُ طريق استيفاء الحق المكتوب به وكيفيته .

والحقُّ المحكوم به لا يخلو : إما أن (يكون)[1] ديناً أو عيْناً ، فإنْ كان ديناً فالحكم صحيحٌ على الغائب به .

وإن كان عيناً غيرَ منقولةٍ كالعقار ، فالاعتمادُ في الدعوى به على الوصف والتحديد والحكم بها ، نافذ إذا تمت الحدودُ وتميزت بالوصف .

وإن كانت العينُ المدعى بها منقولةً فقد ذكرنا الخلافَ في سماعِ البينة بالنعت والصفةِ[2] ، وإنا إذا فرّعنا على القبول ، فهل يجوزُ القضاءُ به وهو غائب ؟ فيه قولان .

قال الإمامُ : الأصحُّ لا يجوزُ تنفيذُ القضاء به لعدم تميزه . وإن قلنا : تُسمعُ البينة ، فصحة الدعوى (بها)[3] مشروطةٌ بوصف العبد ، فالقاضي المكتوب إليه بعد ثبوت المكاتبة الحكمية ، يقول للخصمِ المدعى عليه : ماذا

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كان .

(٢) فقرة ٥٤١ وما بعدها ، فقرة ١٥٥ ، ١٦٣ ، ١٦٤ ، ١٧١ ، ٢٨٦ وما بعدها ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٨٨ .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف .

تقول ؟ فإنْ قال : هذا العبدُ في يدي ، وهو مِلكي ، ألزمه القاضي إحضارَه ، ليقابل بينه وبين صفاته ، وإن قال : لم تثبت يدي على عبدٍ هذه صفته[1]، فالقولُ قوله مع يمينه ، وعلى المدعي البينةُ أنَّ العبد الموصوف بيد المدعى عليه[2].

فإن أقامَ بينةً شهدت أنها رأت عبداً موصوفاً بهذه الصفة في يده ، فتُسمَع ، ويُكلف إحضارَه . وإن لم يُقم بينةً وطلب إحلافه ، فيحلفُ بالله ، إنّ يَده لم تثبت على عبدٍ على هذه الصفات المذكورة .

فإن حلفَ فذاك ، وإن نكل حلفَ المدعي ، وأُلزمَ المدَّعى عليه إحضارَه ، فإن أحضرَه ، وقال المدعي : هذا هو العبدُ الذي أدعيه[3]، وقد ثبت أنه مِلكي عند القاضي الكاتب ، فلا يقضي القاضي المكتوبُ إليه بأنه مِلكه ، بناء على توافقِ الصفاتِ ، بل طريقُه ـ كما سبق ذكره ـ أنْ يختمَ القاضي المكتوبُ إليه على رقبةِ هذا العبد الموصوفِ ، ويُسلِّمُه إلى المدعي بكفيل ، على قولٍ ، ليخرج به إلى القاضي الكاتبِ ، ليعاينَ الشهودُ الذين شهدوا بالمِلك له ، على الوصف ، فيشهدوا على العَيْن ، وعلى قول اخر ، لا يُسلم إلى المدعي ، بل يُباع منه ، ويُؤخذ منه [٩١ / ب] كفيل بالثمن ، وقد سبق ذكرُ هذا كله[4]، وإنما استقنا منه ما ذكرناه تتمةً لأحكام المكاتبات الحكمية .

[خاتمة] :

٥٩٤ ـ هذا تمامُ الكلام في صفةِ القُضاة ، وأحكامِ القضاةِ وآدابهم ،

---

(١) في نسخة ف : صفاته .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ١٨٨ .

(٣) في نسخة ف : ادعيته .

(٤) الفقرات ٢٨٦ ـ ٢٩١ ، صفحة ٢٩١ ومابعدها ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٨٩ .

ومـا يجبُ عليهم ، ويجـوزُ لهم ، ويحرمُ عليهم ، ويُكرهُ ، وأحكامِ الـدعـاوى والبينـات ، ومجـامعِ الخصـومـات ، والمعـارضـاتِ الـواقعـة بين المتـداعيين ، والشهادات ، وأنواعها ، والمكاتباتِ الحكمية ، وإنهاء ما صدرَ من القاضي المتنازع لديه إلى غيره من الحكام .

وهي بجملتهـا ، مع جلالـةِ قـدرِهـا ، قليلٌ من كثير ، ذكرنـاه من كتبِ المذهبِ المصنفة في مـذهبِ إمـامنـا الشـافعي رضي الله عنـه ، لا غنى لمنْ يتولى الحكم بين النـاس عن معرفتهـا ، فـإنَّ من لم يكن عـالمـاً بفروع الفقـه (وأصوله[١]) ، عالماً بمذهب إمامه ، مستحضراً له ، فقيهاً فيه ، عارفاً بأقـاويلِ أصحابه وتخريجاتهم ، حافظاً لذلك ، متُضلعاً منه ، لم يَجُز له أنْ ينصبَ نفسَـه لهذا المنصبِ العظيمِ القدر ، الجليلِ الأمرِ ، الخطيرِ الشريف .

٥٩٥ ـ وهـذا القـدر الـذي ذكرنـاه هـهنـا هو المتـداوَلُ في مجـالسِ الحكام ، الواقعُ[٢] بين المتخاصمين في غالبِ الأمر ، وتركنا من مسـائل الأقضيـة ، وفروع الـدعـاوى والبينـات ، ومسـائـل المعـارضـات بين المتـداعِيْين جمـلاً[٣] نَفيسـةً مصطورةً[٤] مشهورةً ، يأخذها الفقيـهُ من الشروح في المـذهب طلبـاً لاختصـار هذه اللُمعة .

(والله)[٥] سبحانه ، المستعان ، وعليه التكلان .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وأحواله .

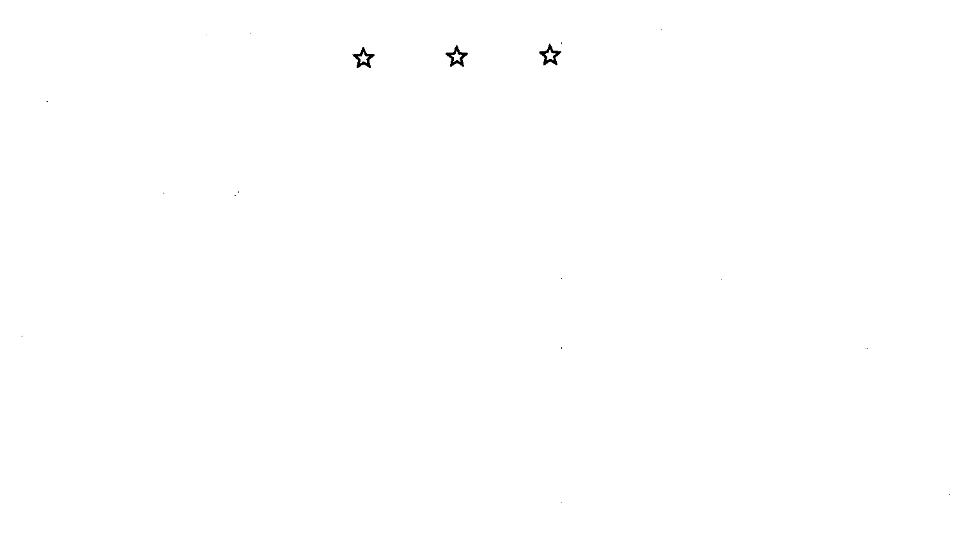
(٢) في نسخة ف : والواقع .

(٣) في نسخة ف : بقية .

(٤) في نسخة ف : مسطورة ، وهما بمعنى واحد ، قال الفيروزبادي : الصطر ، ويحرك : السطر ، والسطر : الصف من الشئ كالكتاب والشجر وغيره ، جمع أسطر وسطور وأسطار ، والخط والكتابة ويحرك في الكل ، (انظر : القاموس المحيط : ٢ / ٤٨ ، ٦٩) .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وبالله .

ولنشرع الآن في ذكرِ بابٍ مخصوصٍ بالشروطِ التي وضعها أهلُ هذه الصناعةِ ، والتنبيهِ على مواضع فيها ، رَسَمَها الفقهاءُ من الشروطيين القدماء ، من الشافعيةِ والحنفيةِ رضي الله عنهم ، لفوائدَ فقهيةٍ ، لا يعرفُها إلا الفقيهُ الماهرُ في أحكامِ الشرعِ ، وقلَّ من يتنبّه لها من المترسمين في هذا العلم .



البابُ السّادس[1]
في
[شروط المحاضر والسجلات والكتب الحكمية]

الشروط المكتتبة في المحاضرِ والسجلاتِ والكتبِ الحكميةِ وكتبِ الابتياعاتِ والوثائقِ والإجاراتِ وغير ذلك .

[الاقتصار على أنموذج لكل مثال] :

٥٩٦ ـ اعلم أنا لا نَرى الاشتغال بذكرِ صورةِ هذه الأشياء ، والإكثارِ منها ، كما فعلَه جماعةٌ من كتّابِ الشروطِ الذين خَلوا عن معرفةِ الفقه وعلمِ الفتوى ، ونَصَبوا نفوسَهم لتأليفِ هذه الحجج التي يكتبونها في مجالسِ الحكام ، وعلى أبواب [٩٢ / أ] المساجدِ ، فإنَّ هذا القَدْرَ لنْ يجهلَه منْ يتصفُ بصفةِ العلمِ ، وهذه الأشياءُ عند الفقيهِ الماهرِ كشربةِ ماءٍ باردٍ في يومٍ صائفٍ ، ومن قنعتْ همتُه بعلمِ الوثائقِ فقط من غير تروٍ منْ علومِ الشريعة فقد أسكنتْه الحضيضَ ، ورضيَ بالأدْوَن ، والمعالي لن تدركَ بالهوينا ، ونحنُ إنْ شاء اللهُ تعالى نذكرُ مثالاً في كلِ نوعٍ من أنواعِ هذه الحجج ، يكون أنموذجاً لغيرِه ، ودليلاً عليه يستدلُ به الفقيه على أمثاله .

---

(١) هذا الباب ساقط بأجمعه من النسخة الفرنسية ف ، وانتقل الناسخ مباشرة إلى خاتمة الكتاب الواردة في فقرة ٧٤٨ .

[ذكر الاحترازات الفقهية] :

٥٩٧ ـ ونذكرُ في كل نوعٍ ما يتضمنُه من الاحترازاتِ الفقهيةِ التي يندفع بذكرها عن المشهودِ له ، والمشهودِ عليه ، ضررٌ ظاهرٌ ، وتحصلُ بتركها ، إن تركت ، غرامةٌ عاجلةٌ ، ونشرحُ ذلك على أقصى وجهٍ في البيانِ ، وأبلغِه ، إن شاء اللهُ تعالى ، ولنذكر فصولاً ، ليسهل تناولُه على طالبه ، نفعه الله تعالى وإيانا به .



فصل

في

كتاب ابتياع

٥٩٨ ـ نسختــه بعــدَ البَسْملــةِ[١] ، اشترى فـلانُ بنُ فـلان بن فــلان ، من فلانِ بن فلان بن فلان ، اشترى منه فبـاعَـه في مقـامٍ واحـدٍ ، وعقـدٍ واحـد ، وصفقةٍ واحدة ، ما ذكر البائعُ المذكورُ ثانيـاً ، أنَّـه لـه ومِلكـه وبيـده ، وتحتَ تصرفِه واستيلائه إلى حالةِ هذا الابتياع ، وذلك جميعُ الدارِ التي بمدينـة كـذا ، ومحلةِ كذا بالدربِ المعروف بكذا ، ويحيطُ بجميعها ، ويحصرُها حـدودٌ أربعـة ، فالأول من القبلـةِ ينتهي إلى دارٍ تُعرف بفلان بن فلان بن فلان ، ومن المشرقِ كذا ، ومن الشمالِ كذا ، ومن الغربِ كذا ، بجميعِ حقوقِ ذلك كله ، وحـدودِه ورسومِه وحيطانه الأربعةِ من جهاتِه الأربعِ ، وحَجَره ومَدَرِه ، وسفلِه وعلوه ، وأبوابه وأخشابه ، وأعتابه وطرقِه ، ومرافقِه ومجاري ميـاهـه ، وبكل حقٍ قليلٍ

---

(١) قال الأسيوطي : اعلم أن حالات أوضاع المكاتبات والمبـايعـات تختلف بـاختلاف المعـاني التي تنشـأ عنهـا ، باعتبار العبارات والألفاظ التي هي الآن مستعملة في ذلك ، وهي تشتمل على فوائد ينبغي التعريف بهـا ليستفـاد منهـا ما لابأس باستفادته مما ينبغي على القاعدة المشروطة في البيوع وغيرهـا من العقود ، أمـا القـاعـدة المشروطـة في البيوع وغيرها من العقود فهي ذكر المشتري والبائع إذا تبايعا بـأنفسهما أو بوكيلها أو أحـدهمـا بنفسـه والآخر بوكيلـه ، وذكر المبيع إن كان كاملاً أو حصة منه ، وجريانه في ملك البائع أو المبيع عنه أو المبيع عليه إلى حين صدور البيع ووصفه بما يخرجه عن الالتباس ، والاشتباه ، وتحديده من جهاته الأربع ، وذكر الثمن وحلوله أو تـأجيلـه أو قبضـه ، وذكر النظر والمعرفة والمعاقدة الشرعية . والتسلم والتسليم أو التخلية والتفرق بالأبدان عن تراض أو اشتراط الخيار ، وضمان الدرك في ذلك ومعرفة المتعاقدين بما تعاقدوا عليه المعرفة الشرعية والتاريخ ، (جواهر العقود : ١ / ٧٤ وما بعدها) .

وكثيرٍ ، هو لذلك ومعروف به ومملوكٌ بملكه ، داخلَ الحدودِ وخارجاً عنها ، من حقوقه الواجبةِ له ، شراءً صحيحاً ، وبيعاً قاطعاً ، ماضياً ، جائزاً شرعياً ، جارياً على وجهِ الشرع ، جامعاً لأوصافِ الصحةِ ولزومِها ، خالياً من موانِعها ، منعقداً بالإيجاب والقبولِ الصحيحين الشرعييْن ، لا عدةَ فيه تنقضهُ ، ولا خيارَ يُبطلُه ، ولا دلَّسه ، ولا تلجئةً ، ولا هو بسبيل رهنٍ (ولا إيجارٍ)[1] ولا عاريةٍ ، بل بيعاً صحيحاً شرعياً على أتم بيوعِ الإسلامِ ، وأمضى شروطِهِ ، بثَمَنٍ في ذمةِ المشتري المذكور ، جملتُه من الدراهمِ الفضيةِ النقرةِ الناصريةِ [٩٢ / ب] الخالية من الغُش ، الصحاحِ المطبوعةِ بالصِكة السلطانية ، التي وزنُ كلِ عشرةٍ منها سبعةُ مثاقيل ، بمثاقيلِ الإسلام ، كذا كذا درهماً ، نصفها كذا وكذا .

٥٩٩ ـ وإن كانَ الثمنُ دنانيرَ قالَ : كذا وكذا ديناراً ، مثاقيل ذهباً مصرياً ، أو إمامياً مستنصريا ، عيناً جياداً صحاحاً ، وازنة بمثاقيل الإسلام[2] .

---

(١) اللفظ من عندي ، وفي الأصل : ولا ايجا ، وقد سقطت الراء سهوا من الناسخ .

(٢) الدينار : اسم لمضروب مدور من الذهب ، وفي الشريعة اسم لمثقال من ذلك المضروب ، والدينار يقسم إلى ستة أقسام ، يسمى كل قسم دانقاً ، ويقسم كل دانق إلى أربعة طساسيج ، ويقسم كل طَسُّوج إلى أربعة شعيرات ، وقد تقسم الشعيرة إلى ستة أقسام ، يسمى كل قسم خردلاً .

والدرهمُ لغة : اسم لمضروبٍ مدور من الفضة ، والمشهور أن تدويره في خلافة الفاروق عمر رضي الله عنه ، وكان قبله على شبه النواة بلا نقش ، ثم نقش في زمان ابن الزبير ، ثم غيره الحجاج ، واختلف في وزنه على عهد رسول الله ﷺ ، والأصح أن كل عشرة دراهم خمسة مثاقيل ، ثم انتقل على عهد عمر رضي الله عنه إلى وزن سبعة ، أي كل عشرة منها سبعة مثاقيل ، فكل درهم سبعة أعشار مثقال ، فالدرهم الواحد على وزن سبعة ، يساوي أربعة عشر قيراطاً ، وهي سبعون شعيرة ، وعلى هذا فالمثقال مائة شعيرة وهذا الوزن هو المعتبر .

والمثقال بالكسر لغة : ما يوزن به قليلاً كان أو كثيراً ، وعرفاً ما يكون موزونه قطعة ذهب مقدرة بعشرين قيراطاً ، والقيراط خمس شعيرات متوسطة غير مقشورة ، مقطعة ما امتد من طرفيها ، فالمثقال مائة شعيرة ، وعلى رأي : المثقال ست مائة شعيرة ، وعلى رأي : المثقال ستة دوانق ، والدانق أربع طسوجات ، والطسوج حبتان ، والحبة شعيرتان ، فالمثقال شعيرة وتسعة عشر قيراطاً ، فالفرق بين القولين أربع شعيرات ، والدرهم يساوي ٣,١٢ غرامات .

فالدينار عشرون قيراطاً ، والقيراط خمس شعيرات ، والمثقال درهم وثلاثة أسباع الدرهم ، والدرهم ستة =

سلّمَ المشتري المذكورُ أولاً جميعَ الثمنِ المشارِ إليه ، إلى البائعِ المسمّى ، فتسلّمه منه كاملاً ، وازنا ، تسلّماً صحيحاً شرعياً ، بَرئت به ذمةُ المشتري المذكورِ من جميعه ، براءةً صحيحةً شرعيةً ، براءةَ قبضٍ واستيفاءٍ ، بجميعِ ذلك .

وسلّم البائع المذكور إلى المشتري المسمّى جميعَ المبيعِ المعينِ بحقوقه كلها ، وحدودِه ورسومِه ، فتسلّمَه منه تسلماً صحيحاً شرعياً ، كما يُتَسَلّم أمثاله من العقار ، وصار هذا المبيع جميعه ، بما يجبُ له من حقٍ وحدٍ ، مِلكاً للمشتري المذكور المسمى ، وله وحقه ، ومِلكاً من أملاكه ، ومالاً من أمواله ، وبيده وتصرفه ، واستيلائِه ، يتصرف فيه تصرفَ المالكين الحائزين المستحقين المستوجبين في أملاكهم ، بغير مانعٍ ، ولا منازعٍ ، ولا معارضٍ ، دونَ البائعِ المسمى ، ودونَ كلِ واحدٍ من الناس أجمعين .

وذلك كلُّه جرى بعدَ أن نظرَ المتبايعان المذكوران إلى هذا المبيع ، وشاهداه ورأياه ، نفتْ عنه غررَ الجهالة جملة وتفصيلا ، وعلماه وخبرا عينَه ، وصفاته القائمة به ، ثم بعد ذلك عقدا عقد البيع والشراء عليه ، وأبرماه ، ثم افترقا بعده عن تراضٍ منهما ، وعن إلزام العقد وإبرامه ، وعن قبضٍ من الطرفين .

وشهدَ عليهما بمضونه منْ حضرَ مجلسَ العقدِ بينهما ، وقُرئ هذا الكتابُ من أوله إلى آخره عليهما ، وهما مستمعان إليه ، فأقرا بفهمه ومعرفةِ مافيه ، وأنَّ الأمرَ جرى بينهما على ما وُصِفَ في هذا ، وأشهدا عليهما بمضونِه طوعاً ، في

= دوانيق ، والدانق قيراطان ، والقيراط أربع حبات ، والحبة سدس ثمن درهم ، وهو جزء من ثمانية وأربعين جزءاً من الدرهم ، (انظر : دستور العلماء : ٣ / ٣١٠ ، كشاف اصطلاحات الفنون : ٢ / ٤٦٥ ـ ٤٦٦ ، ٥٠٠ ، وج ١ / ١٧٦ ، الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان ، لابن الرفعة : ص٥٤ ، ٦٠ ، ٦٨) .

صحةٍ منها وسلامةٍ ، وجوازِ أمرٍ ، بتاريخ كذا وكذا ، من سنةِ كذا وكذا ... الشرح .

[اختلاف الألفاظ والاصطلاح] :

٦٠٠ ـ هذه نسخةُ ابتياعٍ على مصطلحنا في بلادِنا ، وقد تتغير بعضُ ألفاظِه بسببِ اختلاف الاصطلاح .

أما قولُه : اشترى فلان بن فلان ، فمِنَ النَّاس من يكتبُ : هذا ما اشترى ، إشارةً إلى المبيع المذكور في الكتاب ، معناه : هذا المبيع هو الذي اشتراه فلان بن فلان ، ومن الناسِ منْ يُسقط لفظةَ : هذا ، وهو عندي أقربُ إلى [٩٣ / أ] الصوابِ ، لأنَّ البيعَ إنشاءٌ شرعيٌ لا كلامَ فيه ، وإنْ كانَ لفظُه لفظَ الخَبَرِ ، فقوله : اشترى ، أقربُ إلى الإنشاء من قوله : هذا ما اشترى ، وإنْ كانَ لفظُ كلِ واحدٍ منها لفظَ الخبر[1] .

وقد كان رسولُ ﷺ كتبَ بينه وبين أهلِ مكةَ : هذا ما قضى عليه رسول الله ﷺ[2] ، ولم يقتصر على قوله : قاضى رسولُ الله ﷺ ، وكلٌ جائزٌ .

[البَدء بالمشتري] :

٦٠١ ـ وإنما بدأ النَّاسُ في مصطلحِهم بالمشتري دون البائع ؛ لأنَّه في هذا الباب أهم ، فإنَّه هو الذي ينتقلُ إليه المِلكُ ، والبائعُ ثابتُ الملك للمبيعِ واليد ،

---

(١) البداءة بعد البسملة الشريفة ، بقوله : اشترى ، أو هذا ما اشترى ، أو هذا كتاب مبايعة ، أو غير ذلك ، وكله جائز ، قال تعالى : « هذا ما توعدون ليوم الحساب » سورة ص الآية ٥٣ ، (وانظر : جواهر العقود : ١ / ٧٥) .

(٢) هذا جزء من حديث ، وهو كتاب المعاهدة التي تمت بين رسول الله ﷺ وبين المشركين في الحديبية ، وكان الكاتب علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، والحديث رواه مسلم عن البراء بن عازب ، بلفظ « هذا ماقاضى عليه محمد رسول الله » ، وفي لفظ « هذا ما كاتب عليه محمد رسول الله » ، قال النووي : ومعنى قاضى هنا : فاصَل وأمضى أمره عليه ، ومنه القضاء أي فصل الحكم وإمضاؤه ، ورواه أبو داود باللفظ الأول ، (انظر : صحيح مسلم بشرح النووي : ١٢ / ١٣٥ ، ١٣٧ ، سنن أبي داود : ٢ / ٧٧) .

معروفٌ بها ، ووضعُ البيع نقل المبيعِ من معروف به ، وهو البائع ، إلى أجنبي عنه لم يُعرف به ، وهو المشتري ، فكان ذكرُ المشتري أولاً أهمُّ . والدليلُ عليه اطِّرادُ العادةِ بأنَّ كتابَ الابتياع إنما يتولَّى إنشاءَه المشتري ، ويصير بيده حجةً على البائع ، لو عاد ادعى به ، ولم تجرِ عادةٌ بإنشاء البائعِ كتابَ بيعٍ ، ولا أخذِه نسخةً في الغالبِ ، وما سببه إلا ما ذكرناه .

[ذكر اسم المتبايعين] :

٦٠٢ - وينبغي أن يذكر اسم المتبايعين ، ويرفعَ في نسبها ونسبتها إلى بلد وقبيلةٍ وشهرةٍ اشتهرا بها[١] ، وإنْ كانا مجهولين فلا بُدَّ مع ذلك من تحليتِهما كما تقدم .

وقولُه : ما ذكرُ البائعُ أنه له وملكه ، إنما قالَ ذلك ، ولم يقل : اشترى منه ماهو مِلكُ البائعِ ، لأمرين : أحدُهما : أنّه إذا قالَ : اشترى ما هو مِلك للبائع ، يكونُ اعترافاً من المشتري للبائع بملكِ المبيع ، ومتى اعترف له بملكِ المبيع ثم خرجَ المبيعُ مستحقاً ، فانتزعه المستحِق من يدِ المشتري ، هل يرجعُ بالثمنِ على البائع ؟ فيه خلافٌ عندنا مشهورٌ[٢] ، وهو مفروضٌ في كتب المذهب ، فيما إذا ادعاه المستحقُ ، وطلب انتزاعَه من يدهِ ، فقال مجيباً : هذا مِلكي وملكُ بائعي ، فأثبتَ المدعي استحقاقه بطريقه الشرعي ، وانتزعه من يده ، هل يرجع بالثمنِ على البائع ؟ فيه وجهان ، أصحُها : نعم ، لأنه إنّما قالَ ذلك جرياً على العادةِ في الخصومات ، أو بناءً على يدِ البائع الدالةِ على الملك ظاهراً ، والثاني : لا يرجعُ ، لأنه اعترف له بالملك ، وقد كان قادراً على أن يجيب المدعي بعدم استحقاق التسليم ، فحيث اعترف بالملك له من غير ضرورة ، (أخذناه)[٣] به .

---

(١) انظر : جواهر العقود : ١ / ٧٥ .

(٢) اقتصر الأسيوطي على القول بعدم الرجوع ، (انظر : جواهر العقود : ١ / ٧٨) .

(٣) في الأصل : وأخذناه ، الواو زائدة .

هذا إذا اعترفَ بالمِلك للبائع في مخاصمةٍ جرت بينه وبين مدعيه .

أما إذا اعترفَ بالملكِ للبائعِ [٩٣ / ب] في صَكٍ كتبَ فيه التبايعَ بينهما ، المشهورُ أنَّ فيه خلافاً أيضاً ، لأنَّه قد يعترفُ بالملكِ له بناءً على ظاهرِ اليد .

وحكى القاضي أبو الطيب الطبري عن بعضِ الأصحابِ القطعَ بأنَّه لا يرجعُ بالثمنِ على البائع في هذه الصورة ، لأنَّه لم يشهد عليه بالاعترافِ بالملك له إلا عن علمٍ وتثبتٍ ، بخلافِ مجلسِ الخصومات ، فإنَّه جرتِ العاداتُ بالاسترسالِ فيها .

الأمرِ الثاني : هو إنما قالَ : اشترى منه ما ذُكِرَ أنَّه مِلكه ، لأنه لو قال بعتك نصفَ هذه الدار ، وكان مالكاً لنصفها ، ولم يضفه إلى نَفسه ، ولا قال : بعتك النصفَ المختصَ بِملكي ، بل أطلق ، فهل يصحُ البيعُ ، والحالةُ هذه ، ويُحملُ على النصفِ المختصِ به ، أم يحمل على نصفٍ شائعٍ بينه وبين شريكه ؟ فيه وجهان : الأظهرُ أنه يحملُ على النصفِ المختص به ، أعني بالبائعِ ، والثاني : أنَّه يحملُ على نصفٍ شائع مشتركٍ بين البائع وشريكه .

فعلى هذا يصح في نصفِ هذا النصفِ ، وهو القدرُ المختصُ بالبائع ، ويبطلُ في النصف الآخر ، وهو الربعُ المختص بالشريك[1] ، فقولهم في الشروط : ما ذكر البائع أنَّه له ومِلكُهُ ، احترازٌ عما ذكرناه .

[تحديد المبيع] :

٦٠٣ ـ وأما تحديدُ المبيعِ فلابدّ منه ، إذا كان غير متَميّزٍ بصفاتٍ معلومة بين المتعاقدين ، غيرَ مشهورٍ بشهرةٍ قائمةٍ مقامَ حدودِه ، أمّا إنْ تميزَ واشتهرَ بصفات ونِسبْةٍ لا يُشاركُه فيها غيرُه ، فلا حاجةَ إلى تحديده . وهو معنى قولِ

(١) سوف يكرر المصنف هذه الصورة ، فقرة ٦١٦ .

بعضهم في الاختصارِ في الشروطِ بعد ذكر المبيع : « وشهرتُه تُغني عن تحديـدِه ، بعد العلم والإحاطةِ به » ، وصارَ هذا كالنسبِ ، فإنَّـه إذا كان المشهودُ عليـه غيرَ متميزٍ بصفاتٍ وأمورٍ مشهورةٍ ، فلابدَّ من ذكرِ اسمـه ونسبـه ، وإنْ كانَ مشهوراً بأمورٍ لا يشاركه فيها غيره لم يفتقر في الشهادةِ عليـه إلى ذكر نسبـه ، بل ذكرُ ما شُهر به يقوم مقام نسبه ، بل أبلغ منها ، وهـذا كالشهـادة على المَلِـكِ الكبيرِ المشهورِ ، والعـالمِ الـذي قـد طبـق الإقليمَ ذكرهُ ، واشتهرَ بين العـامـه تميُّزه عن غيره .

ثم إذا لم يكن المبيعُ متميزا بصفـات وشهرة ، فـذكرَ البـائـع لـه حـدين[1] فقـط ، لم يصح البيع ، وإنْ ذكرَ ثلاثـة فوجهـان ، وإنْ ذكر أربعـةً صحَّ قولاً واحداً .

وقوله : « داخلَ الحدود وخارجـاً عنهـا » ، هـذا الاحترازُ لا يُحتـاج إليـه على مذهبنا ، فإنَّه متى باعَه الـدارَ ، وأطلق ، دخل فيـه كلُّ مـاهو منسوبٌ إلى المبيع ومعروفٌ به ، ومن مرافقه [٩٤ / أ] من مجرى ميـاهـه وحريمـه ومسقـطِ كناسته ، وغير ذلك ، وإنما أحدثَ هذا أصحابُ أبي حنيفة رضي الله عنهم على ماحكاه الماورديَّ عنهم[2] ، قال : إنَّما قالوا : « داخلَ الحدود وخارَجها » ليـدخل فيه الجناحُ الخارج عن سمتِ الـدارِ ، والميزابُ ومجرى الميـاهِ ، فـإنَّهـا لا تـدخلُ عندَهم في مطلقِ لفظ الدار ، لكن ما ذكروه يندفع بقولهم : بجميع حقوقِ هـذا المبيع ورسومه ، فإن هذا (يجمعُ)[3] ما خرجَ من الحدودِ ، إلا أنْ يقولوا : إنَّـه

---

(١) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤١٢ ، نهـايـة المحتـاج : ٨ / ٢٧٥ ، شرح المحلي : ٤ / ٣١١ ، جـواهر العقـود : ١ / ٧٦ .

(٢) قال الأسيوطي : أن يكتب « وكل حق هو له داخل فيهـا وخـارج عنهـا ، ولا يكتب كما كتب البصريون وأهل العراق ، وكل حق هو لها داخل فيها وخارج » لاستحالة الداخل من الحقوق أن يكون خارجاً ، والخـارج منهـا أن يكون داخلاً ، لتضاد ذلك ، (جواهر العقود : ١ / ٧٧) .

(٣) في الأصل : بجميع .

لا يدخلُ الجناحُ والميزابُ ، وإنْ قالَ : بحقوقهِ ورسومهِ ، مالم يقل : داخل الحدود وخارجها .

فهذا مافي كتاب الابتياع من الاحترازات المفيدة ، وبقيتهُ ظاهرة .

[بيع القرية] :

٦٠٤ ـ أمّا إذا كان المبيعُ قريةً ، فالقريةُ لغة : اسمٌ للأبنية فقط ، ومنه يُسمى بيتُ النمل قريةً ، وفي العرفِ اسمُ القرية لمجموع الأبنية والأراضي التي تُزرعُ ، فإذا قال : بعتك هذه القريةَ ، دخلتْ آدرها وأبنيتها وحمامُها ، إن كان فيها حمام ، وحوانيتُها ، ومُغْرُها وجنانُها وصهاريجها ، وهل يدخلُ مافي خلالِ البيوتِ من الأشجارِ ؟ فيه ثلاثة أوجه .

وأما المزارعُ ، قال العراقيون : لا تدخل قولاً واحداً ، وقال بعض المراوزة ، ومنهم الإمامُ : تدخل لاشكَّ فيه ، هذا كله إذا لم يقل بحقوقها ، أما إذا قال : بعتكَ هذه القرية بحقوقها ، عندَ المراوزةِ تدخلُ المزارعُ قطعاً ، وعند (العراقيين)[1] لا يدخل أيضاً ، ووافقهم البغويُّ .

إذا عرفتَ هذا ، فينبغي أن يكتبَ الشروطيّ في كتابِ ابتياعِ القريةِ بجميعِ حقوقِها وحدودها ، وأراضيها ومزارِعها ، وسهلها وجبلها ، ومعتملها ومعطلها ، وبيوتِها ومساكنها ، وأشجارها ومُغْرها ودهنها وصيرها ومراعيها ، ومصايفها ، ومشاتيها ، وبيادرها ، وأنهارِها وحجرها ومدرِها ، وآكامها وأوديتها ، ومياهها[2] ، ويزيد في ذلك ألفاظاً تنفي الاحتمالَ ، وتمنعُ الخلافَ ، وتقطعُ دابرَ المخاصمات ، فإنَّ كُتبَ الشروطِ يُكرهُ اختصارُها بالألفاظِ الوجيزةِ المحتمِلةِ التجاذبِ ، وينبغي فيها تكثُّرُ الألفاظِ ، دَفعاً للتنازع .

---

(١) في الأصل : العراقيون ، وهو خطأ نحوي .

(٢) انظر : جواهر العقود : ١ / ٨٥ .

[ذكر ضمان الدَرْك] :

٦٠٥ ـ ولهذا وقع إطباقَ الشروطيين على ذكر ضمانِ البائع دَرْكَ المبيعِ[1]، فيكتبون بعد ذكر المتبايعين والمبيع والثمن والقبض من الطرفين : وَضمن البائعُ المذكور دَرْك هذا المبيع ، وتبعته ، ضماناً صحيحاً شرعياً على كل وجه وسبب ، فما أدرك المشتري في هذا المبيع أو في حقوقِه ، أو في شيءٍ منها من دَرْك ، أو لحقَه من تَبِعةٍ ، [٩٤ / ب] فمرجوعٌ به على مَنْ يجبُ الرجوعُ به عليه شرعاً ، ومنهم من يكتبُ : فَالرجوعُ به على البائعِ حتى يخلصه منه ، حسبما تقتضيه الشريعةُ ، فكَتَبَ الشروطيون في كتبِ البياعات : ضمانُ البائعِ دَرْك المبيعِ ، مع أنَّه ضامنٌ دركه قولاً واحداً .

فإنْ خرجَ المبيعُ مستَحَقاً رجعَ المشتري عليه بالثمنِ جميعه[2]، وإن خرجَ مَعيبا بعيبٍ قديم ردّه ، (وإنْ)[3] منعَ من الردِ حدوثُ عيبٍ عند المشتري رجعَ بالأرْش ، فضمانُ دَرْك المبيع على البائع للمشتري واجبٌ بموجب عقد البيع والشراء ، وإنْ لم يُصرح البائعُ بضمانِ دَرْكه ، وإنما كتبَ الشروطيون مبالغةً في التأكيد ، وزيادةً في الإيضاحِ ، ونفياً للاختصارِ ، الذي لو فُتح بابُه في الصكوكِ والقَبالات لأوشك أنْ يكتبَ كاتبٌ ، بعيدُ الفهم ، قليلُ العلمِ ، ألفاظاً يظنها وافية بالمقصود ، وليست وافيةً ، كما كتبوا في البيع : لا عدةَ فيه

---

(١) الدَرْك : بفتح الراء وسكونها ، وهو التبعة أي المطالبة والمؤاخذة ، ويسمى أيضاً ضمان العهدة ، لالتزام الضامن مافي عهدة البائع ورده ، انظر حكم ضمان الدرك في (مغني المحتاج : ٢ / ٢٠١ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٤٣٩ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٢ / ٣٢٤ ، المدخل الفقهي العام : ١ / ٥٥٠) .

(٢) قال الأسيوطي : أن يقول في ضمان الدَرْك : إن على فلان البائع الخروج لفلان المشتري من جميع الواجب له بسبب هذا الدرك إذا استحق المبيع احترازاً من اختلاف الناس في الواجب بسبب الاستحقاق ، (جواهر العقود : ١ / ٧٩) .

(٣) اللفظ من هامش الأصل ، وفي متن الأصل : إن.

تنقضه ، ولا خيارَ يُبْطله ، ولا دلَّسه ولا تلجئةً ، ولا قيدَ يمنعُ إطلاقه ، ولا بسبيلِ رهن ، ولا (إيجار)[1] ولا عارية ، بل بيعاً صحيحاً شرعياً .

كل هُذه ألفاظ يُغني عنها قوله : « هذا بيعٌ صحيحٌ شرعيٌّ » ، بل مجردُ قوله : بعتُ ، ومجردُ قوله : اشتريتُ ، لا يُحملُ إلا على الصحيحِ .

[الإقرار برؤية المبيع] :

٦٠٦ ـ وكذلك ذكروا إقرارَ المتبايعين بُرؤيةِ المبيع ومشاهدِته ، حذراً من بيعِ الغائبِ ، ويكتفي في نفيه قوله : بعتُ بيعاً صحيحاً ، واشتريتُ شراءً صحيحاً ، نعم ، تظهر فائدةُ إقرارِهما بالرؤية ، أنَّهُ لو أَقرا بها ، ثم ادَّعَى واحدٌ منهما نفيها لم يُقبلْ قولاً واحداً ، ولو أقرَّ أنَّه باعَ بيعاً صحيحاً ، ثم قالَ : لم أرَه ، وظننتُ أنَ بيعَ الغائبِ صحيحٌ ، فأطلقتُ عليه لفظةَ الصحةِ ، هل يُقبل قولُه في نفي الرؤية ؟ لأنَّ الأصلَ عدمُها ، وعدمُ صحة البيع ، أو لا يقبل قوله ، لأنه معترف بوجود البيعِ الصحيحِ منه ؟ والأصلُ إعمالُ اللفظ ، مهما أمكن ، وجريانُ العقودِ والألفاظِ على صحتها ؟ فيه خلافٌ مبنيٌّ على أنَّه إذا ادعى البائع ما يوجبُ فسادَ البيع ، وأنكرَ المشتري ذلك ، أو بالعكس ، هل القولُ قولُ من يدعي الصحةَ ، أو من يدعي الفسادَ ؟ فيه خلافٌ مشهورٌ .

منهم منْ رأى أنَّ الأصحَّ قولُ منْ يدَّعي الفسادَ ، ومنهم منْ قالَ : الأصحُّ ضدُّه ، والكلُّ متجهٌ[2] .

---

(١) في الأصل إلجا ، وهو تصحيف ، والتصحيح من النص الذي ورد قبل ذلك فقرة ٥٩٨ .

(٢) والراجح في المذهب تصديق مدعي الصحة بيمينه ، لأن الأصل عدم المفسد ، والظاهر في العقود الجارية بين المسلمين الصحة ، والقول الثاني : يُصدق مدعي الفساد ، لأن الأصل عدم العقد الصحيح ، وإنما رجح الأصل الأول لاعتضاده بتشوف الشارع ورغبته لانبرام العقود ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٩٧ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٢ / ٢٤١ ، نهاية المحتاج : ٤ / ١٦٧ ، فيض الإله المالك : ٢ / ٢٧) .

[بيع التلجئة] :

٦٠٧ ـ وأما لفظُ « التلجئة » المذكورةِ في كتابِ الابتياع فقد جَرَت عادة الكتاب بذكرها ، قال الشيخُ أبو نصر : بيعُ التلجئة أنْ يتفقا على أنّهما يُظهران [٩٥ / أ] العقدَ خوفاً ، أو لغيرِ ذلك ، وأنه تلجئةٌ ، وليس ببيعٍ ، ثم بعدَ ذلك يتبايعان ، فإنَّ البيعَ يصحُّ ، والاتفاقُ السابقُ على العقدِ لا يمنعُ صحةَ العقدِ ، وكذلك لو اتفقا على أن (يتبايعا)[١] بألفٍ ، ويظهرا ألفين ، فتبايعا بألفين ، صحَّ البيعُ عندنا بألفين ، ولا يؤثرُ الاتفاقُ السابق .

قلت : وقالَ القاضي حسين : اختلفوا في معنى التلجئة والمشتري .

[ضمان ثالث عهدة المبيع] :

٦٠٨ ـ فإنْ ضمنَ ثالثٌ عهدةَ المبيعِ فالجديدُ أنّه يصحُّ بعد قبضِ الثمنِ ، وَخرّج ابنُ سريج قولاً أنّه لا يصحُ أصلاً ، وفيه قولٌ مخرّجٌ أنّه يصحُ قبلَ قبضِ الثمن وبعده[٢] ، فإذا صحَّ فليكتب الكاتبُ في الكتابِ : وحضرَ فلانُ بنُ فلان بن فلان ، وضمنَ للمشتري عهدةَ هذا المبيعِ وتبعته ، ضماناً صحيحاً شرعياً ، على أنَّه متى خرجَ هذا المبيعُ مستحَقاً لأجنبي ، وانتُزع من يدِ المشتري المذكورِ ، فهو ضامنٌ تخليصَ الثمنِ من يد البائع ، فيصيرُ المشتري مستحقاً مطالبةَ البائع بالثَّمن ، ومطالبة الضامن به أيضاً بتخليصه مِنَ البائعِ ، حتى لو عَجزَ الضامنُ عن تخليصِه من البائعِ أخذَه المشتري من الضامنِ ، ورجعَ الضامنُ به على البائع ، إنْ كانَ ضمنه بإذنِ البائع .

---

(١) في الأصل : أن يتبايعان ، النون زائدة فتحذف .

(٢) قال النووي رحمه الله : والمذهب صحة ضمان الدرك بعد قبض الثمن ، وهو أن يضمن للمشتري الثمن ، إن خرج المبيع مستحقاً أو معيباً أو ناقصاً لنقص الصَّنجة ، والدرك هو المطالبة والتبعة ، ويقال له ضمان العهدة ، والصَّنجة بفتح الصاد ما يوزن به المبيع ، وفي قول : إن ضمان الدرك باطل ، لأنه ضمان مالم يجب ، وقيل : يصح قبل قبضه (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٠١ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٤٣٩ ، شرح المحلي على المنهاج : ٢ / ٣٢٧) .

فليكتب الكاتبُ هذا المضمونَ بألفاظٍ تطابقُه ، ولو ضَمِنَ عُهدةَ المبيعِ ، فهل يدخلُ تحتَ مطلقِ هذا الضمانِ ضمانُ عُهدةِ عيبٍ قديم ، يظهرُ بالمبيع ؟ فيه خلافٌ ، فإنْ قُلنا : لا يدخلُ ، فهل يصحُّ ضمانُه صريحاً ؟ فيه خلافٌ ، وكذا في ضمان كمال الصحةِ ، أو جودة جنس الثمن ، خلاف .

فإنْ آثرَ المشتري حصولَ ضامنٍ يضمنُ ذلك ، واتفق المتعاقدان والضامنُ الأجنبي عليه ، ووقع ، فليكتب الكاتبُ ذلك بألفاظٍ تدلُ عليه .

وإذا كتبَ ذلك فالأولى أنْ ينفيَ دعوى الخلاف الواقعِ في المسألةِ ، بأنْ يكتبَ إقرارَه ، أنَّ حاكماً من حكام المسلمين ، حكم عليه بصحة هذا الضمان ولزومه ، بعد أن تداعيا لديه ، ورأى الحاكمُ صحةَ ذلك ، ولزومَه ، رأياً ومذهباً ، وقضى عليه بمقتضاه مستوفياً شرطه ، فقد جرتْ عادةُ فقهاء الشروطيين (بكتابة)[1] ذلك في في الكتب المشتملة على مسائلِ الخلاف ، مثلَ كفالةِ البدن ، ولزومِ أداء المال بها وغير ذلك ، ومع هذا لو كتب الضامنُ العهدةَ مثلاً على نفسه بذلك ، وشهد بذلك ، واعتمد عليه به ، ثم رفعَ إلى حاكمٍ ، لا يرى صحةَ ضمانِ العهدةِ ، هل يلزمُ الضامنُ حكمَ [٩٥ / ب] إقراره أنَّ بعضَ الحكامِ حكمَ عليه بصحةِ هذا الضمانِ ولزومِه ؟ فيه خلافٌ مشهور .

[بيع الجزء الشائع] :

٦٠٩ ـ هذا إذا كان المبيعُ داراً كاملةً ، أو عقاراً كاملاً ، وإنْ كان جزءاً شائعاً ، كرُبْعٍ أو ثُمْنٍ ، كَتبَ ذلك ، وصرَّحَ بشيوعِه ، ثمَّ يقولُ بعدَ نجاز ذكرِ المبيعِ والثمن والقبض من الطرفين : وذلك بعد أنْ نظرَ المتبايعان إلى هذا المبيع .

---

(١) في الأصل : بكتبه .

(ولا يكتبُ في المشاعِ : وقد نظر المتبايعان إلى هذا المبيعِ)[1] فإنَّ المبيعَ الشائعَ من جملةِ الدار لا يُنظر إليه ، إنَّما تشاهدُ جملةُ الدارِ التي المبيعُ جزءٌ منها ، وهذا واضح .

وإن خافَ المشتري للجزءِ الشائع أن يُؤخذ منه بالشفعةِ ، لكونِ العقارِ المبيعِ منه الجزءُ الشائعُ ، قابلاً للقسمة ، محتملاً لها ، فإنَّ الشفعةَ ، لا تثبتُ إلا في عقارٍ محتملٍ للقسمةِ جبراً ، على المذهبِ الصحيح[2] .

[حيل إسقاط الشفعة] :

٦١٠ ـ فإذا رامَ مشتري الجزء الشائعِ إسقاطَ شفعةِ الشفيع فيه ، فقد ذكر الأئمةُ لإسقاطها حيلاً كثيرةً ، أفْقهها عندي : أنْ يُجعلَ الثمنُ كله أو بعضُه عيناً مجهولَة القيمةِ ، كجوهرةٍ ، أو مجهولَ الوزنِ ، كصُبْرةٍ من الدراهم ، أو مجهولةَ الكيلِ ، كصُبرةٍ من الحنطة ، ويقعُ العقدُ على تلك العينِ مع غيرها من دراهم معينة قدراً ووزناً ، فإنَّ الشفعةَ تسقطُ ، مهما ثبتَ أنَّ العقدَ وقع على مجهول كلّه ، أو مجهول ومعلوم ، على المذهبِ الصحيح المنصوص عليه عن الشافعي رضي الله عنه[3] .

وذهبَ ابنُ سريج إلى أنَّ الشفعةَ لا تسقطُ ، بل للشفيعِ أنْ يذكرَ للجوهرةِ مثلاً قيمةً مقدرةً ، ويدَّعيها ، فإنْ اعترفَ المشتري بها أخذَ الشقصَ بها ، وإن قال : قيمتُها أكثرُ ، أحلفه ، ثم زادَ في القيمةِ ، ولا يزالُ يدّعي قيمةً

---

(١) مابين القوسين من هامش الأصل .

(٢) لا تثبت الشفعة في منقول ، وكذا في كل مالو قسم بطلت منفعته المقصودة لا شفعة فيه على الأصح ، لأن علة ثبوت الشفعة دفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق ، وفي قول : تثبت الشفعة فيما لا يقسم ، لأن العلة دفع ضرر الشركة فيما يدوم ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٩٧ ، شرح المحلي : ٣ / ٤٢ ، الأم : ٣ / ٢٣١) ، وانظر فقرة ٣٥٧ ، والفقرة ٧٠٩ وما بعدها ، والفقرة ٨٧٩ .

(٣) الأم ٣ / ٢٣٢ ، وانظر : الفقرة ٣٦٢ .

مقدرةً ، ويُحلفه عليها ، إلى أن يعترفَ أو يرد اليمينَ عليه ، فيحلف ويأخذُ .

وهذا المذهبُ لا عملَ عليه ، لأنه فَتْحُ بابِ الكذبِ على ما لا يخفى[1].

ومن الحيلِ المذكورة في إسقاطِ الشفعةِ ، أنْ يتفقا قبلَ العقدِ على أن الثمنَ مائة مثلا ، ويتواطآ على ذكرِ ألفٍ مثلا ، ويُعقدُ العقدُ على الألفِ ، ثم يهبُ البائعُ تسعمائة من المشتري ، قالوا : فلا يُقْدِمُ الشفيعُ على أخذِ شقصٍ يساوي مائةً بألفٍ .

وهذا صحيحٌ ، لكنه ركيكٌ ، إذ ليسَ هو أولى بقولِ القائلِ : إنهما يتفقان على ثمن مائة ، ثم يتواطآن على أنَّ المالكَ يهبُ الشقصَ من الطالب ، ويهبه الطالب الثمنَ ، فلا شفعةَ ، ولكن قلَّ ما يقعُ هذا ، ومن ذا الذي تسكن نفسه ، ويثق إلى خصمه وصاحبهُ في [٩٦ / أ] هاتين الصورتين .

فالصورةُ الأولى ، وهي جعل بعض الثمن مجهولاً ، أولى ، وهو الطريق المسلوك في ذلك .

[حكم الحيل لإسقاط الشفعة] :

٦١١ ـ وقد عدَّ بعض أصحابنا إسقاطَ الشفعةِ من الحيلِ المباحة ، وليست محرمةً ولا مكروهةً .

وعندي أن التفصيل فيه أولى من إطلاقه ، فنقولُ : أمَّا من جانبِ المشتري فمباحٌ لا شك فيه ، (إذا)[2] كان صادقَ الرغبةِ في الشراء ، دافعاً عن نفسه ضررَ انتزاع الشِقصِ عن يده ، بطريقٍ شرعي وثمنٍ صحيح ، لأنَّ له شراءَ هذا بالثمنِ المجهولِ ، وبالثمنِ المعلومِ ، ولا شفعةَ قبلَ العقدِ ، فما استحقَ الشفيعُ

---

(١) انظر : فقرة ٣٦٢ ـ ٣٦٣ ، صفحة ٣٤٧ ـ ٣٤٩ .

(٢) في الأصل : إذ .

قبل وجودِ العقدِ شفعةً ، فإذا انعقد العقدَ على ثمنٍ مجهول ، [فاتَ][1] وقتُ وجودِ استحقاق الشفعة ، وإنما تُستحقُ الشفعةُ إذا كانَ الثمنُ معلوماً ، فقد سقطت الشفعة قبلَ وجودِ استحقاقها ، وَدَفَعها جهلُ الثمن الذي وجد العقد به .

أما من جانب البائعِ فلا غرضَ له في صيرورةِ المبيع إلى خصوصِ هذا المشتري ، دونَ الشفيعِ الشريك ، وإنما يتعلق غرضه بحصول الثمن له ، من أي مشترٍ كان ، فإذا وافق المشتري على جعلِ بعض الثمن مجهولاً قاصداً بذلك إسقاط الشفعة فقط ، لا سيَّما إذا كان الثمنُ الذي وقع الاتفاق عليه ، قبل الفكر في حيلةٍ تسقط الشفعة بها ، ألفاً ، ثم وافق المشتري على جعل صُبْرة من الحنطة مجهولة مختلطة بشعير مبالغة في الجهل حتى تسقط الشفعةُ بها ، لا لأن البائعَ يأخذُها ثم يردُّها على المشتري في عزمهِ ونيته ، فهذا عندي مكروهٌ في حقِ البائع قطعاً ، اللهم إلا أنْ يكونَ قد تعلَّقَ له غرضٌ في نفي هذه الشفعةِ مِنْ تحِلَّةِ قسمٍ ، أو يمينٍ بطلاقٍ ، فتنتفي الكراهةُ ، والحالةُ هذه .

[المبيع بالثمن المعين] :

٦١٢ ـ هذا كله إذا كانَ المبيعُ بثمنٍ في الذمة ، فلو كانَ بثمنٍ معين مشار إليه صحَّ العقدُ ، وكتب : بثمن جملتُه كذا وكذا ، حاضراً في مجلسِ العقدِ ، وقَع العقد عليه ، عيناً مشاراً إليها ، شاهده البائع والمشتري .

وإنَّ لم يكن معلومَ القَدْرِ ، لكنَّه مشاهدٌ جملةً ، كصُبرةٍ من الدراهم ، صحَّ العقدُ أيضاً ، وكتب بثمنٍ هو صُبرةٌ من دراهِمَ نقرةٍ فِضةٍ مُشاهدةٍ للمتبايعين مرتبة لهما ، علماها جملة ، وجهلا عددَها ووزْنها .

---

(١) في الأصل : فالأن ، والكلمة من عندي لصحة المعنى .

[الفرق بين البيع بثمن في الذمة أو بثمن معين] :

٦١٣ ـ والفرقُ بين البيعِ بثمنٍ في الذمـةِ ، وبين البيعِ بثمنٍ معين ، ظـاهرٌ ، ويتعلقُ بها أحكامٌ ، من جملتها : [٩٦ / ب]

ـ أنَّ الثمنَ إذا كان في الذمةِ ، ثم أحضره المشتري في المجلس ليقبضه البائعُ ، فتلفَ قبلَ قبضِهِ له ، لم ينفسخ العقـدُ ، ولو كانَ معينـا ، فتلفَ قبلَ القبضِ ، انفسخَ العقدُ .

ـ ومنها : أنَّه إذا كان العقدُ وقعَ على ثمنٍ في الـذمـةِ ، ثم أحضره المشتري ، ثم أرادَ إبدالَه قبلَ قبضِ البائع له ، كان له ذلـك قولاً واحـداً ، ولو وقع العقـد على ثَمَنٍ معينٍ من النقدين تعين بالتعيينِ عندنا ، خلافاً لأبي حنيفـة رحمـه الله تعالى[1] .

[بيع عقار بعقار] :

٦١٤ ـ هذا كلّه إذا كانَ الثمنُ نقداً من الدراهمِ والدنانيرِ ، أما إذا باع عقـاراً بعقار ، فليكتب :

اشترى فلانٌ من فـلان كـذا وكـذا ، ويحـدّده على مـا ذكرنـاه ، بثمن هـو ما ذكر المشتري أنه ملكه وبيده ، وهو جميع كذا وكذا ، ويحـدّده حسبمـا حـدَّدَ المبيعَ أولاً ، ويذكرُ ضمانَ كلِ واحدٍ منهما دَرْك ما بدَّله .

[تميز الثمن والمثمن] :

٦١٥ ـ وبين الأصحـــاب خـلافٌ في أن الثمنِ والمُثمن هــل يتميزان ؟ فمن

---

(١) يرى الإمام أبو حنيفة أن النقود المسكوكة من الـذهب أو الفضـة لا تتعين بـالتعيين في عقود المعـاوضـات ، في حق الاستحقاق لذات الدراهم أو الدنانير ، (انظر : بدائع الصنائع : ٧ / ٣٢٢٤ ، حاشية ابن عابدين : ٤ / ٥٣١ ، الفقه الإسلامي : ١ / ١٨٣) .

قائل : لا ثمن إلا النقدين ، ومنهم من قال : إنَّ الثمن ما يتصلُ به باءُ الثمنيةِ ، كقولك بعتك هذا العبدَ بهذه الجارية ، أو هذه الدارَ بهذه الأرضِ ، ومنهم من قال : وهو الأظهرُ ، أنَّ الصفقةَ مهما كان من أحدِ شقيها نقدٌ من دراهمَ أو دنانيرَ ، فهو الثمنُ ، وإنْ لمَ يكن في الصفقة نقدٌ فالثمنُ ما اتصلت به باءُ الثمنية .

وتظهرُ فائدةُ هذا الخلافِ في مسألةٍ ، وهو أنا إذا قلنا : لا ثمن إلا النقد ، فلو قال : بعتك هذه الدراهم بهذا العبد ، هل يصحُّ العقدُ ؟ فيه وجهان ، الأصح الصحةُ ، ووجهُ المنعِ تغيرُ نظمِ العقد .

واعلم أنَّ جعلَ الثمنِ دراهمَ مغشوشةً لا يصحُ العقدُ عليها ، وكذلك العقدُ على دنانيرَ مغشوشةٍ لا يصحُّ العقدُ ، كالدنانير الصورية ، فإنْ قال : بعتك بمائةِ دنانيرَ صوريةً ، قيمةُ كلِ دينارٍ منها ثمانيةُ دراهمَ ، أو عشرةُ دراهمَ فضةٍ ، لم يصحّ العقدُ على الأصحِ ، وفيه وجهٌ بعيدٌ أنَّه يصحُّ .

[شراء جزء شائع] :

٦١٦ ـ وينبغي أنْ يذكرَ في كتاب ابتياع جزءٍ مشاعٍ ، لا يملكُ البائع سواه ، أنَّه باعَ جميعَ النصفِ أو الربعِ أو الثلثِ الذي ذكرَ البائع أنَّه ملكه ، ومختصٌ به ، ومعروفٌ بملكه ، ولا يكتفي بقوله : باع منه نصفَ هذه الدار التي حدُّها كذا وكذا ، إذا كان النصف الآخر لرجل آخر أجنبي .

وسببهُ أنَّ أصحابنَا قالوا : إذا كان بين اثنين دارٌ ، فقال أحدهما لثالث : بعتُك النصفَ الذي لي من هذه الدار ، هل ينزلُ هذا الإطلاق [٩٧ / أ] على نصفه المختص به أم لا ؟ بل ينزلُ على نصفٍ شائعٍ من الدارِ بين البائع وشريكه ؟ فيه وجهان ، فإنْ قلنا : لا ينزلُ على نصفه المختص به ، فإذا قال : بعتك نصفَ الدار ، فقد باعه نصفاً هو بينه وبين شريكه ، فيصحُّ في نصفِ

هذا النصفِ على أحدِ قولي تفريقِ الصفقةِ ، فيبطلُ في الباقي قولاً واحداً[1] .

والصوابُ دفعُ هذا الخلاف بالتصريحِ بأنَّه باعَه جميعَ النصفِ المخصوصِ بالبائع ، والمعروفِ به والمنسوبِ إليه ، الذي ذكر البائعُ أنَّه له ومِلكُه وبيدِه وتصرفِه ، وهذا ظاهرٌ غامضٌ .

٦١٧ ـ وإن كان المبيعُ حمَّاماً ، أو جزءاً منها ، كتب كما ذكرناه ، وأضاف إليه في ذكرِ حقوقه ، أقمينَه ومتبنَه وبيتَ مَدارِه ودولابه ومَطْرَحَ وقوده ، ومجاري مياهه الطيبة والوسخة ، ومسلخَه وأحواضَه ، وخزانتَه وقدورَه ، ومتصرفات مياهه الحارة والباردة وغير ذلك .

٦١٨ ـ وإن كان المبيعُ بستاناً ذكرَ في الكتابِ جميعَ البستان السقي الشجري ، وإنْ كانَ عَدّياً كتب العدّيَ الشجري ، ويذكر غراسَه وأشجارَه المثمرةَ وغيرَ المثمر ، وأرضَه وجدرانَه إن كانت مخصوصةً بالبستان ، وداخلةً في البيع ، ويذكرُ ما فيه من حرشٍ وأخشابٍ تُحملُ عليها بعضُ الأشجار ، وحوضٍ ودولاب إن كان في باطنها شيء من ذلك .

وإن كان فيها بيتٌ مبني يسكنه البستاني العاملُ فيها ، كما جرت العادةُ ، صرَّح بذكره ، وإنْ كان فيها جَوْسقٌ[2] كبيرٌ ، برَسْمِ تردُّدِ المالكِ إليه في تنزهاته ، وكان قد وقعَ الاتفاقُ على دخولِه في البيعِ كتبه فيه ، وكتبَ سائرَ حقوقِه من بناءٍ وحجرٍ ومَدَرٍ وحقٍ وحدٍ وأخشابٍ وسفل وعلو وطرق ومرافقَ ومجاري مياه وغير ذلك .

---

(١) سبق ذكر هذه الصورة ، فقرة ٦٠٢

(٢) أي قصر ، قال الرازي في (مختار الصحاح : ١٠٦) : « الجيم والقاف لا يجتمعان في كلمة واحدة من كلام العرب إلا أن يكون معرباً أو حكاية صوت » .

وإن كانَ هذا البستانُ المبيعُ سقياً ، فلا بدَّ وأنْ يذكر حقَ شربه من المـاء المستحق له . فإن كان شربُه من ماءِ نهرٍ عظيم ، تنتزعه نـاعورةٌ منـه ، كتب : وحقُ شربـهِ من المـاء الـذي تنتزعـه النـاعورةُ المعروفـة بنـاعورة أم الحسن ، أو ناعورةِ نحيلة ، التي تنتزع الماءَ من النهرِ العـاصي ، وحقُ نـاعورتـه المـذكورة ، وسكرُها وبيسوسُها وأبنيتها ونقيرهـا وسواقيهـا ومجـاري ميـاههـا ، وشربُ هـذا البستان من هـذا المـاء حقّ معلوم ، ورسمٌ قـديم مستمرّ ، عَـدّانـاً معلومـاً في كلِ أسبوعٍ بين المتعاقدين المذكورين . [٩٧ / ب]

وإنْ كان شربُـه من مـاءٍ جـارٍ في قنـاةٍ ، كتبَ : وحـقُ شربـه من المـاء الجـاري في القنـاة المسماة كـذا ، بحقٍ صحيـحٍ شرعيٍ ، ورسمٍ قـديمٍ مستمرٍ دائم ، قدراً معلوماً ، وعدّانا مُستقراً معلوماً بين المتعاقدين .

وإنْ كان شربـهُ من نفسِ النهرِ بغزالـةٍ ، كأنهـارِ دمشـقَ ، كتب : ويحـقُ شربه من الماء الجاري من نهر تورا مثلاً ، إلى الماصيـةِ الفلانيـة التي يجري فيهـا الماء إلى هذا البستان .

٦١٩ ـ وإن كان المبيـعُ حُجْرةً مبنيَّـةً على ظهرِ سفـل ، وتسمى في العراق غُرفة ، وبالشام حُجرةً ، وعُلُواً ، كتبَ : جميعُ الحجرةِ المبنيَّةِ العـامرةِ ، طبـاقَ قبوِ أزْج ، هو حانوتٌ ، أو طبـاقَ سقفِ خشب ، هو حـانوت ، أو طبـاقَ دارِ سفل ، وهذا العلوُ مبنيٌ بالخشبِ والقصبِ ، مطليٌ بالطين أو بالكلسِ ، أو مبني بالآجر والخشب ، أو مبنيٌ باللبن والطين ، والأولى أنْ يذكرَ ارتفاعَ جدرانـه في طباقها وعَرْضهـا وصفتهـا ، خوفـاً من أن ينهـدم ، ويقع بين مـالكهـا ، وبين مالك السفل نزاعٌ في صفتها وكيفيتها طولاً وعرضاً .

٦٢٠ ـ وإن كانَ المبيعُ حـقَ البنـاء على سطـحِ صـاحبِ السفـل فهـو بيـعٌ صحيحٌ عند الشـافعيِّ رضي الله عنـه ، وقـال المزنيُّ : هو بـاطلٌ ، إذ لا مبيعَ ،

بل هو إجارةٌ ، فيجب تأقيتُها بمدةٍ ، والصحيحُ ما صار إليه الشافعيُّ ، فإنَّه يجوزُ بيعُ حقِ الملك إذا كان مقصودُ الحق وضعَ الجذوع ، كما في عين المِلك للحاجة إليه ، فيجبُ ، والحالةُ هذه ، أنْ يعلَم موضعَ البناء وقَدْره ، أنَّه يبنيه بالحجر والكلس ، أو الحجر والطين ، أو اللبن والطين ، أو الآجر والطين ، أو الكلسِ أو الخشب والقصب المنسوج ، ويذكرُ في اللبناتِ هل تكونُ متحافية أو منضدة ، ويذكرُ طول الجدران وعرضها ، هذا لابدَّ منه ، فليذكره الكاتب في الكتاب ، ويذكرُ أيضاً مسيلَ ما يستعمل من الماء على ظهر سقف صاحب السفل إلى أن يُرمى إلى خارج الدار ، وأنشأ هذا الكتاب بلفظِ البيعِ على المذهب الشافعي رضي الله عنه ، (فيكتب : اشترى فلان من فلان فباعه حقَ البناء ، الذي سيُعينُ ويُوصفُ في هذا الكتابِ ، على جميعِ السطحِ الذي هو ملكُ البائعِ ، وهذا السطحُ هو سقفُ الحانوت أو الدار التي هي مِلك البائع أيضاً بمدينة كذا ومحلةِ كذا ، وحدُّها كذا وكذا ، وهو أنْ يبني المشتري عليها حجرةً أو حانوتاً علواً ، أو غرفةً بالكلس والحجر ، أو الخشب والقصب ، أو الطين واللبن ، بجدران أربعة ، طولها في جهة الارتفاع كذا وكذا ذراعاً ، وفي العرضِ كذا بالذراع القاسمي)[1] .

واختلف الأصحاب على مذهبه أنَّه هل ينعقدُ هذا بلفظِ الإجارة مع أنه مؤبدٌ ، ووضعُ الإجارة في التأقيتِ ؟ فيه خلافٌ ، والأصحُ أنَّه لا ينعقدُ بلفظِ الإجارة ، إذ أمكن عقْده بلفظِ البيع ، وعلى مذهبِ المزنيِّ لا ينعقد (إلا بلفظ الإجارةِ المؤقتةِ بأمدٍ معلومٍ ، وقد نجدُ في الشرعِ إجارةً مؤبدةً للحاجةِ ، كأرض السَّواد على رأي بعض الأصحاب ، فإنَّه صارَ إلى أنَّ عمرَ رضي الله عنه أجَّرَها

---

(١) ما بين القوسين من هامش الأصل ، وفيه زيادة جملة في الأخير ، وهي : واختلف الأصحاب على مذهب الشافعي رضي الله عنه . وقد حذفتها لتكرارها مع ما بعدها .

من المسلمين أبداً ، وما يؤخذُ من الخراجِ أجرةً ، واحتُمِلَ ذلك للحاجـةِ ، وقـد يُحْتَمَلُ للحاجةِ ما لا يحتمل لغيرها .

فإنْ اختار المتعاقدان مِذهَب المزنيِّ فليكتب الكاتبُ ذلـك : صورةُ إجـارةٍ مؤقتة ، كما سنذكره إن شاء الله)[1] .

[تعدد البائع والمشتري] :

٦٢١ ـ هـذا كلـه إذا كان البـائـع واحـداً ، والمشتري واحـداً ، فـإن تعـدَّد البائعُ ، واتحدَ المشتري ، فاعلم أن الأصحابَ اتفقوا على أنَّ الصفَة تتعـددُ بتعـددِ البـائعِ ، وهـل تتعـددُ [٩٨/أ] بتعـددِ المشتري ؟ على قـولين ، فعلى هـذا ، إذا تعدّدَ البائعُ ، وكانا اثنين مثلاً ، فليكتب :

اشترى فـلانٌ [من][2] فـلان وفـلان ، فبـاعـاه في عقـدين منفردين ، وصفقتين متعددتين ، بثمنين منفردين ، متفقين قدراً ووصفاً ، جميعَ كذا وكذا ، قبضَ كلٌّ منهما نصفَ القدرِ المذكور ثمناً لما باعه ، وسلمَ كلٌّ منهما ما باعه ؛ وهو نصفُ الدار المذكورة ، فتسلَّم ذلك منهما كذلك .

وهكذا إنْ كانَ البائعون جماعةً كتبه بلفظ الجمع .

أمـا إذا كان البـائعُ واحـداً ، والمشتري اثنين ، فـالأولى أنْ يكتبَـه ، كما إذا تعدَّد البائع ، خروجـاً من الخلاف ، فليـذكرْه بلفـظ التثنيـة ، إنْ كان المشتري اثنين ، أو بلفظِ الجمعِ إنْ كانوا أكثر .

---

(١) فقرة ٩٠٢ ، والعبارة بطولها بين القوسين من هامش الأصل ، وبعدها : صح أصل .

(٢) في الأصل : بن ، وهو تصحيف .

[الوكيل عن اثنين] :

٦٢٢ ـ وههنا بحثٌ وهو أنهما لو وكّلا وكيلاً في البيعِ[1] ، فباعَ من شخصٍ داراً لموكْليه ، بأنْ قالَ : بعتُ منك عن موكليّ دارَهما هذه التي بينهما نصفان ، بألف درهم ، فقال قبلتُ ، يصحُّ العقدُ قولاً واحداً ، لكن هل الصفقةُ متعددةٌ لتعددِ [الموكليْن][2] ، أو متحدة لاتحاد الوكيلِ الموجب ؟ فيه وجهان ، فإن قلنا : إنَّها متحدةٌ ، كتبَ الكاتبُ في هذا التبايع : أنَّه وضعَ صفقةً واحدةً ، وإنْ قلنا : إنها مُتعددةٌ ، فهل يكتبُ صفقةً واحدة ، نظراً إلى أنَّ صورةَ العقدِ واحدة ، أو يكتب في صفقتين نظراً إلى تعدد الموكِّلين ؟

هذا عندي فيه نظر ، ولم أرَ أحداً ذكرَ هذا من الفقهاء ، ولا من الشروطيين ، والأولى عندي أنْ يكتبَ أنَّه باع عنهما في عقدٍ واحد ، ويُهمل ذكرَ الصفقةِ .



---

(١) انظر : جواهر العقود : ١ / ٨١

(٢) في الأصل : الوكيلين .

فصل

في
شراء الرقيق

٦٢٣ - يَـذكرُ الكاتبُ اسمَ المتبـايعين ، ويرفـعُ في أنسـابها ، ومـا اشتهرا ، وإنْ أضافَ إليه الحليةَ فهو آكد ، إلا أنْ يكونا مشهورين ، شهرةً بـالغـةً ، فلا يليـقُ بــه ذكرُ حليتهما ، وإنْ كانـا مجهـولين ذكرَ ، بنـاءً على قـولهما ، اسمهما ونسَبُهما وما يُعرفان به ، وكتبَ حليتهما ، وهـذا لا بـدَّ منـه ، ثم يـذكرُ العبـدَ المبيعَ واسمَـه وجنسَـه ونوعَـه ، وأنـه صغيرٌ لا يميزُ ، أو مميزٌ غيرُ بـالغٍ ، أو بـالغٌ قربَ البلوغِ ، أو شابٌ أو كهلٌ أو شيخٌ يومئذ ، ويـذكرُ منْ حليتـه وصفـاتـه ما هو قائمٌ به ، فقد استوفينا ذكر الحليِّ في المجهول[1] ، فيذكرُ طولَـه أو قصرَه ، أو ربعتَه ، ولونَه ولونَ شعره ، (وحليةَ)[2] عينيه ، وأنفَه وحاجبيـه ، ومـا في وجهه من أثرِ جُرْحٍ أو غيرِهِ ، أو خِيلان[3] أو (زيادة)[4] إصبع أو نقصانها .

٦٢٤ - ثم إنْ كانَ بالغاً كتبَ أنَّه معترفٌ لبـائعـه بـالرقِ والعبوديـةِ ، وإنْ كان صغيراً لا تمييزَ لـه أمسـكَ [٩٨ / ب] عن ذلـك لتعـذره ، وإنْ كانَ مميزاً

---

(١) فقرة ١٥٥ ، ٢٧٢ ، ٢٨٦ ، ٤٠٠ .

(٢) في الأصل : وحليته .

(٣) الخِيلان : جمع خال وهو الشامة في البدن ، وكذلـك الرجل الضعيف القلب والجسم ، (القـاموس المحيـط : ٣ / ٣٧٢) .

(٤) في الأصل : ازدياد ، بزيادة ألف في أولها .

فلا بأس بذكر اعترافه ، فإنَّ بعضَ أصحابنا ذهبَ إلى أنَّ المميزَ يُلحقُ بالبالغِ في دعوى الحرية ، وهي (مبنيَّة)[1] على صحةِ إسلامهِ ، فالخروجُ من الخلافِ أولى ما اتبع في كتبِ الشروطِ .

وإنما كتب الفقهاءُ من الشروطيين اعترافَ العبدِ البالغِ بالرقِ والعبوديةِ لبائعه لأمرين :

أحدُهما : أنه إذا باعَ عبداً بالغاً لم يُعهد في يده قبلَ بلوغه ، ولم يعترف العبد أنَّه مِلكُ البائعِ ، ولا اعترفَ المشتري أيضاً أنه مِلكٌ للبائع ، ثم ادعى العبدُ الحريةَ ، أعني أنَّه حرُ الأصلِ ، قُبل قولُهُ قولا واحداً ، وعلى بائعه ، المدعي رقَه ، أنَّه رقيقٌ له ، ثم انتزع من يدِ المشتري ، وسُلمت نفسُه إليه ، لا يرجعُ المشتري على بائعه بالثمن ، على المذهبِ الصحيحِ الذي أختارُهُ .

ولم يحكِ فيه خلافاً ابنُ الحدَّاد[2] والقاضي أبو الطيب الطبريُّ والبغويُّ ، وحكى الإمام عن الشيخ أبي علي فيه تردّداً ، فكتَب الفقيهُ في قبالةِ شراءِ العبدِ البالغِ أو الأمةِ البالغة إقرارَه بالرق لبائعه ، خوفاً من ادعائه الحريةَ ، ودفعاً للضررِ عن المشتري ، لئلا يذهبَ عليه الثمنُ والمُثمن مجاناً .

---

(١) في الأصل : مبي .

(٢) هو محمد بن أحمد بن محمد بن جعفر ، أبو بكر ، ابن الحداد المصري ، الإمام الجليل ، صاحب الفروع ، وصاحب ذيل الفضل ، درس الفقه في مصر وبغداد ، ودرس العربية ، وأخذ الحديث عن النسائي ، وكان عارفاً بالحديث والأسماء والكنى والنحو واللغة واختلاف الفقهاء والتاريخ وسير الجاهلية والشعر ، ولي القضاء بمصر نيابة لابن زَهْرَوان الرملي وغيره ، وكان نسيج وحده في حفظ القرآن ، إمام عصره في الفقه ، وله كلمة نافذة عند الملوك ، وجاه رفيع ، له كتاب الباهر في الفقه ، وقيل إنه مائة جزء ، وكتاب أدب القضاء في أربعين جزءاً ، وكتاب جامع الفقه وكتاب الفروع المُولَّدات ، المختصر المشهور ، الذي شرحه عظماء الفقهاء كالقفال والشيخ أبي علي السنجي والقاضي أبي الطيب الطبري والقاضي حسين . ولد يوم مات المزني ، وتوفي بعد عودته من الحج سنة ٣٤٥ وقيل ٣٤٤هـ ، ودفن بسفح المقطم بمصر ، وحضر الإخشيد وكافور جنازته ، وعاش ٧٩ سنة ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٣ / ٧٩ ، طبقات الفقهاء : ١١٤ ، وفيات الأعيان : ٣ / ٣٣٦ ، النجوم الزاهرة : ٣ / ٣١٣ ، البداية والنهاية : ١١ / ٢٢٩ ، الولاة والقضاة ، الكندي : ٤٨٧ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ١٩٢) .

الأمرُ الثاني : أنَّ بعضَ أصحابنا ذهبَ إلى أنَّه لا يصحُ شراؤه إلا بعدَ اعترافه بالرقِ ، إذ الحرُ لا تثبتُ عليه اليدُ ، والأصلُ في الناسِ الحريةُ ، والدارُ أيضاً تقتضي ذلك ، فلا بدَّ من إقرارهِ بالرق والعبودية لبائعه ، ثم يقعُ الشراءُ بعده .

وهذا في حقِ رجلٍ رأينا في يده عبداً بالغاً ، يقول : هو ملكي ، ولم يُعهد في يده قبلَ ذلك ، فإنَّه لو قالَ هذا البالغُ : كذَبَ ، بل هو حرُ الأصلِ ، فالقولُ قولُه مع يمينِه ، لا خلافَ فيه .

وكذلك في المميزِ في مثل هذه الصورة .

٦٢٥ ـ أما إذا كانَ في يده صبيٌ صغيرٌ لا يميزُ ، يسْتسْخِره ويسترقُه ، ورأيناه في يدهِ كذلك مدةَ صغرِه ، حتى تميّز ثم بلغَ ، وأرادَ بيعَه ، فلا يُحتاجُ في بيعه وشراء من يشتريه إلى استنطاقه بالرقِ ، لأنَّ هذا لو ادعى الحريةَ لم يقبل قوله على المذهبِ الصحيح ، وإنْ كانَ الأولى استنطاقه ، خروجاً من الخلافِ ، فقد سبق منا ذكرُ أحكامِ الأرقاءَ مستقصى بحول الله ، جل ثناؤه ، وقوته[1] .



(١) فقرة ٦٢٣ .

فصل

في

التولية والشركة

٦٢٦ ـ هاتان لفظتان ذكرهما الشافعيُّ رضي الله عنه في كتاب السَّلَمِ[1] ، ومعنى التوليةِ : نقلُ جميعِ المبيعِ إلى المولى بالثمنِ الأولِ ، ومعنى الشركةِ نقلُ بعضِه بنسبته من الثمن بهاتين اللفظتين .

٦٢٧ ـ فالتوليةُ أنْ يشتريَ الرجلَ شيئاً بمائة درهم ، [٩٩ / أ] فيقولُ لغيره : ولّيتُك هذا العقدَ ، فإذا قال المولى : قبلتُ ، صحَّ ، وانعقدَ بيعاً بهذا اللفظ ، ونزل على ثمنِ العقدِ الأول ، ويُفارق البيعَ من حيث أنَّه في المبيع لا بدْ وأن يقولَ : بعتك بكذا ، فيصرحُ بذكرِ الثمنِ والمثمنِ ، وفي التوليةِ لا يحتاج إلى ذلك ، بل يَكفى قوله : ولّيتك هذا العقدَ ، ولكن لا بدَّ من سابقةِ معرفةِ المولى بالمبيع وثمنه .

٦٢٨ ـ والشركةُ : أن يقولَ : أشركتُك في هذا العقدِ على المناصفةِ مثلا ، فينزلُ على النصفِ كما في التوليةِ سواء ، فلو قال : أشركتك ، ولم يذكر المناصفةَ ، ففي الصحةِ وجهان .

وفي صحةِ التوليةِ ، قبلَ قبضِ البائعِ الأولِ الثمنَ من المشتري الأول ، وجهان .

---

(١) الأم : ٣ / ٨٢ ـ ٨٣

[حقيقة عقد التولية] :

٦٢٩ - وغَمُضَ حقيقةُ هذا العقدِ ، أعني عقدَ التوليـةِ ، على أئمتنـا ، بسبب اختلافِ الأحكامِ المبنية عليه ، فقالوا : إذا ولاه العقـدَ فقبلـه المولَى فهو ملكٌ متجـددٌ ، يتجـددُ بسببـهِ حقُ الشفعـة ، وتُسلَّمُ الزوائـدُ الحـاصلـةُ قبلَ التوليـةِ للمولي ، ولو حطَّ البـائعُ للأول من الثمنِ شيئـاً[1] عن المولي انحـطَّ عن الثـاني ، فجعلوه في نقلِ الملك كالابتـداء ، وفي حقِ الثمن كالبنـاء ، وفرقوا في الحكم بينـه وبين ثبوتِ الشفعةِ به ، وسلامةِ الزوائد للمولي .

ولمـا عَسُرَ الفرقُ بين هـذه الأحكام بـالمعنى طَردَ القـاضي حسين في الكلِ وجهين ، الشفعةَ وسلامة الزوائد للبـائع الأول ، وفي هـذا فقـهٌ أكثرُ من هـذا ، لا يحتمله هذا الكتاب .

[صورة كتاب التولية] :

٦٣٠ - وصورةُ كتابِ التوليةِ الجاريةِ بين اثنين ، أنْ يكتبَ بعد البسملة : هـذا مـا ولّى فلانُ بنُ فلان بنِ فلان ، فـلانَ بنَ فـلان بنِ فـلان ، ولاّه عقـدَ البيع الـذي وقَع بين هـذا المولي وبين فلان بن فلان بن فلان البـائـع من هـذا المولي ، جميع الدار التي هي بمدينة كذا من محلة كذا ، حدُها كذا وكـذا ، بثمنِ جملتُه كذا وكذا ، وتقابضا من الطرفين ، ولّى فلانٌ فلانـاً عقـدَ البيع (المشـارَ إليه)[2] ، توليةً صحيحةً شرعيةً ، قبلَها هذا المُولَّى قبولاً صحيحاً شرعياً وانتقل العقـدُ بحقوقِـه وأحكامِـه ، والمبيعُ بحقـوقِـه جميعهـا ، إلى هـذا المـولى ، انتقـالاً صحيحاً شرعياً ، وصارَ هذا المبيعُ جميعُه ، بمـا يجبُ لـه من حـدٍ وحقٍ وحَجَرٍ ،

---

(١) في الأصل تكرار عبارة : من الثمن ، وفوقها خط يدل على الشطب .

(٢) العبارة بين القوسين من هامش الأصل .

ومدرٍ وطرقٍ ومرافق ورسومٍ ومجرى مياه ، ملكاً لهذا المولَّى المذكور ، وحقاً من حقوقه ، وواجباً من واجباتِه ، يتصرفُ فيه تصرفَ المالكين في أملاكهم ، بغيرِ مانعٍ ولا منازعٍ .

٦٣١ ـ ثمَّ إنْ كانَ البائعُ قبضَ الثمنَ من المشتري الأول ، كتبَ : فقبضَ [٩٩ / ب] المولي جميعَ الثمنِ الذي جملته كذا وكذا من المولى ، قبضاً صحيحاً شرعياً ، برئت به ذمةُ المولَى ، براءةً صحيحةً شرعيةً ، براءةَ قبضٍ واستيفاءٍ .

٦٣٢ ـ وإنْ كانت هذه التوليةُ جرت قبلَ قبضِ البائع الأولِ الثمنَ من المشتري الأولِ ، كتبِ أيضاً : أنَّ المولي قبضَ الثمنَ من المولَى ، ثم إنَّ المولي يسلمهُ إلى البائعِ الأول .

٦٣٣ ـ وإنْ اتفقوا على حوالةِ المشتري الأول للبائع الأول على هذا المولَى ، كتب : بعد جريَان عقد التولية على وجهِ نْهجِ الصحة والسدادِ ، ومقتضى الشرع المطهر ، أحالَ المولي البائعَ ، بما له في ذمته من الثمن ، الذي جملته كذا وكذا ، على المولى ، الثابت في ذمتهِ للمولي ، قدر الثمن المسمى بهذه التولية ، قبلها البائع الأول فلان قبولاً صحيحاً شرعياً ، ورضي بها المولى المسمى رضاء صحيحاً شرعياً .

وإنما يكتب رضا المحال عليه ليخْرُجَ من الخلاف فيه[1] .

ثم يكتبُ : وذلك كلُّه بعدَ علمِ المَولى بالعقدِ الجاري بين البائع والمولي ،

---

(١) اختلف الأصحاب في اشتراط رضاء المحال عليه على قولين ، الأول ـ وهو الأصح ـ لا يشترط ، لأنه محل الحق والتصرف ، ولأن الحق للمحيل ، فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره ، وكالة وحوالة ، والقول الثاني : يشترط رضاه بناء على أن الحوالة استيفاء ، ولاختلاف الناس في اقتضاء وطلب الدين ، وهو رأي الحنفية ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ١٩٤ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٢ / ٣١٩ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٤٥٠ ، المهذب : ١ / ٣٤٥ ، بدائع الصنائع : ٧ / ٣٤٣٧ ، فتح القدير : ٥ / ٤٤٤ ، رد المحتار : ٥ / ٣٤١) ، وسوف يكرر المصنف هذه المسألة فقرة ٧٨٥ .

وقدرِ الثمن الذي وقعَ عليه عقد التبايع ، وعلمِ البائعِ وصفاتِه بالرؤية ، وافترقا عن الرضا والقبول والقبضِ من الطرفين ، وأشهدا عليهما بمضمونه ، بتاريخ كذا وكذا . فهذا مثالُ كتابِ تولية .

[صورة كتاب الشركَة] :

٦٣٤ ـ وكتاب الشركة مثلُه في نصفِ المبيع على نصفِ الثمن ، وإن شاء يكتبُ ما مثالُهُ : هذا كتابُ توليةٍ جرت بين فلانٍ وفلانٍ ، ولّى فلانٌ فلاناً عقدَ البيعِ الجاري بين هذا المولّي وبين البائع فلان بن فلان بن فلان ، على جميعِ الدار التي هي بمدينة كذا ، ومحلةِ كذا ، وحدُّها كذا وكذا ، بجميع حقوقها وحدودِها ، ويستوفي ذلك بثمن جملته كذا وكذا ، وتقابضا من الطرفين ، فولى فلانٌ فلاناً عقدَ هذا البيع ، ثم يسرُدُ ما ذكرناه أولاً بألفاظه ، وإنْ شاءَ أنْ يكتبَ ما مثاله : أقرّ فلانٌ ، وأشهدَ على نفسه ، طوْعاً في صحة منه وسلامةٍ ، أنه ولّى فلاناً عقد التبايع الذي كان جرى بين هذا المولي وبين فلانٍ البائع ، ثم يكتبُ : بعته على النعتِ الأول ، ويكتبُ في الشركةِ كذلك[1] .

☆ ☆ ☆

(١) ورد في الأصل ما يلي : إلا بلفظ الإجارة المؤقتة بأجل معلوم ، وقد نجد في الشرع إجارة مؤبدة للحاجة ، كأرض السواد على رأي بعض الأصحاب ، فإنه صار إلى أن عمر رضي الله عنه أجرها من المسلمين أبداً ، وما يؤخذ من الخراج أجرة ، واحتمل [١٠٠ / أ] ذلك للحاجة ، وقد يحتمل للحاجة مالا يحتمل لغيرها ، فإن اختار المتعاقدان مذهب المزني فليكتب الكاتب ذلك ، صورة إجارة مؤقتة ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى . ا . هـ . وقد وضع هذا الكلام ضمن نقط ، وهو كلام مكرر مع ما ورد سابقاً في هامش الورقة ٩٧ / ب ، في صفحة ٥١٦ .

فصل
في
القسمة

وهي ثلاثةُ أنواعٍ : قسمةُ الإفرازِ ، وقسمةُ التعديلِ ، وقسمةُ الرد .

[قسمةُ الإفراز] :

٦٣٥ ـ أمَّا قسمةُ الإفرازِ : فهي أنْ يكونَ الشيءُ المقسومُ متساويَ الأجزاء ، كعَرَصةٍ متساويةٍ ، وثوبٍ متساوٍ ، وصُبرةٍ من حِنْطَةٍ أو شعيرٍ ، ومكيلةِ زيتٍ أو سمنٍ أو دبسٍ أو خلٍ[1] .

٦٣٦ ـ فإذا طلبَ أحد الشريكين من صاحبه قسمةَ ذلك ، ليأخذَ كل منهما حقَه ، وامتنعَ الآخرُ ، أُجبرَ الممتنعُ قهراً ، بشرطِ أنْ تبقى حصةُ كلِ شريكٍ من ذلك المقسومِ منتفعاً بها ، المنفعةَ التي كانت قبلَ القسمة ، كالأرض الفسحة التي تبقى بعد قسمتها أعشاراً مثلاً ، إذا كان ملاكها عشرة أنفس ، ينتفعُ بكل عُشْر منها أرضاً ، كما كانت ، بزراعةٍ وغراسٍ ، وإن صغرت ، وكالدار الفيحاء التي بعد قسمتها يحصلُ لكلِ شريكٍ بحصته ما يُسمى داراً ، وينتفعُ بها بالسكنى ، وإنْ صغُرَ حجمُها ، وكالحانوتِ الكبيرة التي تكون كذلك ، احترازاً عن البئرِ والطاحونةِ والحمامِ الصغِير ، فإنَّه لا يُجبرُ الممتنعُ على

---

(١) وتسمى قسمة الأجزاء أيضاً ، كمثلي ودار متفقة الأبنية ، وأرض متشابهة الأجزاء ، (انظر : جواهر العقود : ٢ / ٤١٥) .

قسمتها ، لأنّه ليس يحصلُ لكل شريكٍ منها قطعةٌ بعدَ القسمةِ ، ينتفعُ بها حماما ولا طاحونة .

هذا هو المذهبُ الصحيح ، وفيه وجهٌ بعيدٌ محكيٌّ عن ابن سُرَيْج أنَّه يُجبرُ الممتنعُ إذا بقي بعدَ القسمةِ أصَلُ الانتفاعِ ، كيفَ كان ، ولا يُشترط بقاءُ ذلك النوعِ من الانتفاع الذي كان قبلَ القسمة ، والأولُ هو المذهبُ[1] .

ولو كان الحمامُ كبيراً ، تبقى المنفعةُ التي كانت بعدَ القسمةِ ، ولكن عند إحداثِ مستوقدٍ آخر ، وبئرٍ أخرى ، وما يجري مجراه من بيتِ مَداره وسواقيه ، وفرّعنا على المذهبِ الصحيحِ ، ففي الإجبار ، والحالةُ هذه ، وجهان .

٦٣٧ ـ واعلم أنَّه ليس من شرطِ قسمةِ الإجبارِ تساوي الملكين بين المتشاركين ، بل لو ملك رجلٌ تسعةَ أعشار دارٍ ، وملك الآخرُ عُشْرَها ، وكان عشرُ الدارِ يمكن الانتفاع به داراً ، وإنْ صغرت ، فكلٌ منهما إذا طلبَ أُجبرَ الآخر إنْ امتنع ، أما إذا كان صاحبُ الكثيرِ ينتفعُ بتسعةِ أعشارِه داراً ، وصاحبُ العشرِ لا ينتفعُ بعشره داراً ، فإذا طلب صاحبُ الكثيرِ القسمةَ ، وامتنع صاحبُ العُشْر ، أُجبرَ على الصحيح من المذهبِ ، وإنْ تضررَ ، فإنْ طلبَ [١٠٠ / ب] صاحبُ العُشْر القسمة مع تضرره ، وامتنعَ صاحبُ الكثير مع عدم تضَرُرِهِ ، هل يُجبر صاحب الكثير ، ويُجابُ صاحبُ العُشْر ؟ المذهبُ أنه لا يُجبر صاحبُ الكثير ، ولا يجاب صاحبُ القليل ، وفيه وجهٌ آخر أنّه يُجبرُ هذا ، ويُجاب ذاك[2] .

---

(١) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٢٠ ، المهذب : ٢ / ٣٠٨ ، شرح المحلي : ٤ / ٣١٥ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٨٥ ، حاشية البجيرمي : ٤ / ٣٢١ ـ ٣٢٢

(٢) المراجع السابقة ، هامش ١ ، وسوف يكرر المصنف ذلك في فقرة ٨٧٩

[قسمة التعديل] :

٦٣٨ ـ وأما قسمةُ التعديل ،فصورتُها : أرضٌ متفاوتةٌ ، بعضُها بِياضٌ ، وبعضها فيها غِراسٌ ، أو في بعضِها بناءٌ ، وبعضُها خالٍ من البناء ، أو بعضها (عميقة)[1] في ترابها ، وفي بعضها أحجارٌ نابتة خَلْقيةٌ ، فتُعَدَّلُ حالَ قسمتها ، بأنْ نجعلَ مساحةَ خمسين ذراعاً من الجيدِ ، مساوياً لسبعين ذراعاً من الرديء ، أو نجعلَ كذلك من البياض في مقابَلَةِ المبني أو المغروسِ ، فهل يُجبر المتنِعُ في هذا النوعِ من القسمة ؟ فيه قولان ، الأصحُ عند الأكثرين أنه يُجبر .

وقال البغويُّ : الأصحُ لا يجبر[2] .

٦٣٩ ـ ومن جملة صورِ قسمةِ التعديل العبيدُ ، فإذا خَلَّفَ رجلٌ ثلاثةَ أعبد ، متساوي القيمة ، لثلاثةِ بنين ، ففي الإجبارِ عليها خلافٌ مشهور ، الأصحُ لا يجبر فيها ، لتفاوتِ الأغراض بأعيان العبيد .

وكذلك لو كانت الأرضُ أو الدارُ مختلفةَ الجوانبِ ، أعني في جوارِها ، لا في ذاتِها ، كشاطئ نهر أو بُستان ، يكون ملاصقاً لأحد جوانبها ، فهي من باب قسمة التعديل .

[قسمة الرد] :

٦٤٠ ـ وأما قسمةُ الردّ : فهو أنْ يشتركَ رجلان في عبدين ، قيمةُ أحدِهما مائة ، وقيمةُ الآخر مائتان ، فيأخذُ واحدٌ النفيسَ بمائتين ، ويَردُّ إلى شريكِه ، مع العبدِ الخسيسِ ، خمسين مثلاً .

---

(١) في الأصل : عميتة ، وهو تصحيف .

(٢) الراجح الإجبار إلحاقاً للتساوي في القيمة والتساوي في الأجزاء ، والقول الثاني : منع الإجبار ، لاختلاف الأغراض والمنافع ، (انظر : المهذب : ٢ / ٣٠٩ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٢٣ ، شرح المحلي : ٤ / ٣١٦ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٨٨) .

وكذلك في الأرضِ يأخذُ أحدُهما ثلثيها ، ويأخذُ شريكه ثلثها مع مائة درهم مثلاً ، فهذه لا جبَر فيها قولاً واحداً[1] .

[حقيقة القسمة] :

٦٤١ ـ إذا عرفْتَ هذا انْبَنى عليه أمرٌ مشهورٌ ، وهو أنَّ حقيقةَ القسمةِ بيعٌ أو فرزُ النصيبين ؟ فيه قولان مشهوران ، الأصحُ عند العراقيين أنها فرزُ النصيبين في قسمةِ الإفرازِ والتعديلِ .

والأصحُ عندَ المراوزةِ أنها بيعٌ ، وممن صرّحَ بذلك الإمامُ والشيخ أبو عليّ والبغويُّ .

أما قسمةُ الرد فهو بيعٌ في القدْرِ الذي يُقابله العوضُ وفي الباقي قولاً واحداً[2] ، هذا كلُّهُ في الأرضِ التي كلها طلْقٌ .

[قسمة الوقفُ] :

٦٤٢ ـ أما فصلُ الوقفِ (عن)[3] الوقف ، فالمذهبُ أنّه لا يجوزُ ، وإنْ قلنا : إنَّ القسمةَ إفرازٌ ، لأنه تغييرٌ بشرطِ الوقف ، وفيه وجهٌ أنَّه يجوزُ ، لأنَّه قد يُحتاجُ إليه .

وإنْ كان بعضُها وقفاً ، وبعضها طَلقاً ، وأرادَ الموقوفُ عليهم قسمتَها ، [١٠١ / أ] فيجوزُ على قول الإفراز ، إنْ لم يكن فيها ردٌّ ، وإنْ كان فيها ردٌّ ، وكانَ البدَل ، أعني بدلَ الدراهم مثلاً ، من أصحاب الوَقف جازَ ، لأنهم

---

(١) المراجع السابقة ، وسوف يشير المؤلف لذلك فقرة ٩٠٠ .

(٢) الراجح في المذهب أن قسمة الرد والتعديل بيع ، وقسمة الأجزاء أو الإفراز إفراز ، (انظر : جواهر العقود : ٢ / ٤١٥ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٢٣ ، ٤٢٤ ، شرح المحلي : ٤ / ٣١٧ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٨٩ ، المهذب : ٢ / ٣٠٧) ، وسوف يكرر ذلك المصنف فقرة ٩٠٠ .

(٣) اللفظ من هامش الأصل ، وفي داخله : على .

يملكون به الطَلْقَ ، وإن كان البدلُ من صاحبِ الطلق لم يَجُز ، لأنه يملك به الوقف .

٦٤٣ ـ إذا عرفتَ هذا جميعه ، فإذا تنازعَ الشركاء في العقارِ المشترك إلى الحاكم ، فإن اتفقوا على تعطيلِ الحانوت مثلاً ، عُطّلت عليهم ، وإن اتفقوا على المهايأة بينهم فلا بأسَ ، ولا تَلْزَمُ المهايأةُ على الصحيحِ من المذهب .

فإنْ اختلفوا ، وطلبَ أحدُهم تعطيلَها ، وطلَب آخرُ إيجارَها عليهم ، فالمذهبُ تعطيلُها إلى أنْ يتفقوا ، وفيه وجهٌ عليه العملُ من الحكامِ ، يتلازما ، أنَّه يؤجر عليهم .

٦٤٤ ـ وإنْ طلبوا منه قسمتَه بينهم من غيرِ إثباتِ ملكِهم عنده ، فالصحيحُ أنَّه يُقْسَمُ بينهم بدعواهُم ، ويكتب : أني قسمتُ بينهم بدعواهم ، وفيه وجهٌ أنَّه لا يجبُ عليه حتى يثبتَ عندَه ملكُهم ، خوفاً من ظهورِ مستحقٍ لذلك ، أو لشيء منه .

وهكذا لو طلبَ واحدٌ من الحاكمِ قسمةَ ما هو بيدِه ، وبيدِ شريكِه ، قسمَ بينها بدعواه ، ولنذكر الآن مثالاً لكتابةِ القسمةِ على أنواعها .

[كتاب قسمة العقار] :

٦٤٥ ـ فإذا اقتسم الشركاءُ عقاراً بينهم عن رضا منهم واختيارٍ ، كتبَ بعد البسملة : هذا كتابُ قسمةِ رِضا واختيارٍ ، جرت بين فلانٍ وفلانٍ ، اقتسما على بركةِ الله وحسن توقيفه ، جميعَ ما ذكروا أنَّه مِلكُهم وبأيديهم بالسويةِ أثلاثاً[1] ، أو ما هو ملكهم ، لفلانٍ النصفُ ، ولفلانٍ النصفُ ، وذلك جميعُ كذا وكذا ، فأقاموا فلاناً (وفلانا)[2] قاسِمَيْن بينهم ، على ما سيأتي

(١) أي أن بيد أحدهم ثلث الملك ، وفي يد الآخر ثلثاها .

(٢) في الأصل : وفلان ، وهو خطأ نحوي .

تفصيله[1] ، وهما من أهلِ الخبرةِ بذلك ، ورَضوا بها وبفعلها وأجازوه ، فذَرَعَ القاسمان عشرين ذراعاً من الجهة الغربية ، ابتداؤها من منتهى الأرضِ من جهةِ الغرب ، وانتهاؤها إلى صوبِ المشرقِ ، إلى إنتهاء عشرين ذراعاً ، ثم ذَرَعا جيرةً[2] ثانية ، ابتداؤها من انتهاء الجيرةِ الأولى ، وانتهاؤها إلى انتهاء ثلاثين ذراعاً ، ثم ذَرَعَا جيرةً ثالثة ، ابتداؤها من انتهاء الجيرة الثانيةِ ، وانتهاؤها إلى انتهاء أربعين ذراعاً ، ثم صارَ فلانٌ فريقاً وحدَه ، وفلان وفلان فريقين ، ويكتبُ ما وقع اتفاقُهم عليه ، وهو أن يتفقا على أنَّ كلَ واحدٍ ، ينفردُ بما يحصلُ له ، أو ينفردُ واحدٌ ، ويشترك اثنان .

٦٤٦ - وهكذا إنْ زادَ عددُهم ، ثم يكتبُ [١٠١ / ب] القاسمان رقاعاً بأسماء أهل (السهام)[3] ، وتركت في بنادق من طينٍ ، وسُلمت إلى شخص ، لم يَحْضر كتابتها وجَعْلَها في البنادق ، ثم أُخرجت بندقَةٌ أولى (لمن)[4] تكونُ له الجيرةُ الأولى ، فخرجت البندقُة الأولى باسمِ فلان ، فاختصَّ بالجيرةِ الأولى ، ثم أُخرجت البندقةُ الثانية ، لمن تكون له الجيرةُ الثانيةُ التي تلي الأولى ، فأُخرجَ باسم فلان ، فاختص بها ، ثم يكتب هكذا .

٦٤٧ - فضابطُ هذا كلهِ أنَّ الشركاءَ ، إنْ استوى عددُهم وسهامُهم ، كثلاثة ملكوا أرضاً أثلاثاً ، فتجري ثلاثةُ أجزاء ، ثم يُقْطَعُ (ثلاثُ)[5] رقاعٍ صغارٍ مستويةٍ ، ويُكتبُ على كل رقعةٍ اسمُ واحدٍ منهم ، وتُجعلُ في بنادقَ من طينٍ متساويةٍ وَزْناً وقدراً ، وتجعلُ في حِجْرِ منْ لم يحضر ذلك ، ثم يقولُ القاسمُ

---

(١) فقرة ٦٥١ .

(٢) الجيرة جمع جار ، ومثله جيران ، (المنجد : ١٠٩) .

(٣) في الأصل : السهان ، وهو تصحيف .

(٤) في الأصل : لم ، وهو تصحيف .

(٥) في الأصل : ثلاثة ، وهو خطأ ، لأن الرقاع جمع رقعة ، وهي مؤنثة ، فالعدد يجب أن يكون مذكراً .

لـه : أخْرج رقعـةً على السهم الأول ، فمن خرج اسمـه أخـذَه ، ثم يُخْرجُ على السهم الثاني ، ثم على الثالث .

٦٤٨ ـ وإن شاء كتبَ أسامي السهامِ على الرِّقاعِ ، ثم يُخرجها باسم الأول ، [ثم الثاني][1] ، ثم الثالثُ ، فإنْ اختلفت سهامهم ، بأنْ كانَ لواحدٍ النصفُ ولآخَر الثلثُ ، ولآخرَ السدْسُ ، قُسِّمت على أقلِ السهام ، وهو السُدْسُ ، وتُجعل أسداساً ، فإذا خرج أولاً اسمُ صاحب النصف أُعطي ذلك السهم والسهمان اللذان يليانه ، ثم إذا خرجَ بعدَه اسمُ صاحبِ الثلث دُفِعَ إليه ذلك السهمُ الرابعُ ، مع الذي يليه ، ويتعينُ السهمُ الآخر لصاحبِ السدس .

وإن خرجَ اسمُ صاحبِ الثلثِ أولاً أعطيَ الأولُ ، والذي يليه ، ثم إن خرج اسمُ صاحبِ النصف أعطيَ السهمُ الثالثُ والرابعُ والخامسُ ، ويتعين السادسُ لصاحبِ السدس .

وإن خرَجَ اسمُ صاحبِ السدس أولاً دُفع إليه ، ثم لن يَخْفى تنزيلُ ما بعده .

٦٤٩ ـ ومتى اختلفت السهامُ لم يُكتبْ على الرقاع اسمَ السهام ، بل اسم الملاكِ ، خوفاً من تفرقِ أملاكِهم ، بخلافِ ما إذا تساووا في المِلك ، ولا يخفى على الفقيهِ كتابةُ ذلك ، شرطاً ووضعاً ، وليبين الكتابُ على أنَّ القسمةَ وقعت عن رضا واختيارٍ منهم ، ثم يذكرُ بعد خروجِ القرعةِ وصيرورةِ كلِ سهمٍ إلى صاحبه ، أنَّهم رَضُوا بهذه القسمةِ رضا ثانياً ، وأجازوها وأمضوها ، فإنَّ في اشتراطِ رضاهم بعدَ خروجِ القرعةِ وجهين[2] ، ليَخْرُجَ من الخلاف .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل ، ووضعتها من عندي .

(٢) والراجح اشتراط الرضا بعد القرعة ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٢٣ ، شرح المحلي : ٤ / ٣١٧ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٨٩) .

[صورة قسمة الإجبار] :

٦٥٠ ـ وإن كانت القسمةُ جبراً ، كتبَ : هذهِ قسمـةُ إجبـارٍ ، جرت بإذن الحاكمِ فلانٍ ، وذلـك أنّـه لما كانَ بتـاريخِ كـذا ، [١٠٢ / أ] حضَر فلانٌ عنـدَ الحاكمِ فلانٍ ، وأحضَرَ معه (فَلانـاً)[١] وفلانـاً وفلانـاً ، وطلب من الحـاكمِ قسمـةَ أرضٍ بينهم ، على نسبةِ كذا وكذا ، بعد أن طلبَ هذا الطالبُ من شركائـه أنْ يَقْسِمُوها بينهم ، فامتنعوا ، ثم يشرح الكاتبُ مـا جرى من الحـاكم ، واستنـدابِـه القـاسمِيْن ، وأنّهما عـدلان خبيران ، ويـذكرُ صـورةَ القسمـةِ والتجـزئـةِ ، (وكتابةَ)[٢] الرِّقاعِ ، والغرضُ أنْ يذكرَ في الكتابِ صورةَ القسمـةِ وكيفيتَهـا ، إفرازاً أو تعديلاً أو رداً ، ويشرَح ما جرى فيها .

[عدالة القسام] :

٦٥١ ـ واعلم أنَّ القَسّام إنْ (كانَ)[٣] من جهةِ الحاكمِ فلا بدَّ من عـدالتـه ، وإنْ كان عنِ المُلاك فليسَ يُشترط عدالتُـه ، لأنَّـه وكيلٌ عنهم ، والوكيلُ يجوزُ أنْ يكونَ فاسقاً ، بخلافِ نائبِ الحاكم[٤] .

ولنْ يَخْفى وضعُ هـذه الأشيـاء على فقيـهٍ ، يحصلُ بعـدَ ضبـطِ أصولهـا ، وتحقيقِ قواعدِ الشرع فيها ، والله تعالى أعلم .



(١) في الأصل : فلان ، وهو خطأ نحوي .

(٢) في الأصل : وكتبه ، ولعل ذلك حسب طريقة الخط عندهم .

(٣) في الأصل : كانت .

(٤) وهو ما عليه المتأخرون في المذهب ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤١٨ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٨٢ ، شرح المحلي : ٤ / ٣١٤) .

فصل
في
الإجارات

٦٥٢ ـ أما إجارةُ العقار والأرَضين والآدُرِ[1] فلا حاجةَ إلى ذكرها ههنا ، فإنَّ صبيانَ المكاتبِ لا يجهلونها ، ولنذكرْ منها ما يَغمضُ على بعضِ الناس ، وهو إجارةُ الوقفِ ، ثم إجارةُ بياضِ الأرضين ، اللاتي فيها أشجارٌ نابتة ، وكيفية المساقاة عليها ، ثم إجارة الأُجراء على الحَجّ على تحصيله .

[استئجار الوقف] :

٦٥٣ ـ أمَّا استئجارُ الوقفِ فهو جائزٌ لمن إليه النَظَرُ فيه شرعاً ، إنْ أذِنَ الواقفُ في إيجاره ، أو سكتَ عنه ، وإن وقفه وشَرَطَ أن لا يؤجر ، فهل يُتبعُ شرطُهُ ؟ أو يؤجره الموقوفُ عليه ، أو الناظرُ للموقوف عليه ؟ فيه وجهان .

[شروط الواقف في الإجارة] :

٦٥٤ ـ ثم إجارتُه تتقيدُ بشرطِ الواقفِ المقيد في مدةِ إجارته ، فإنْ شَرَطَ أنْ لا يؤجرَ أكثرَ من سنةٍ واحدةٍ ، ولا يُعقدَ فيه عقدُ إجارةٍ على سنةٍ أخرى حتى تنقضي السنةُ الأولى ، اتبع شرطُه قولاً واحداً .

وإن قالَ : لا يؤجر أكثرَ من سنة ، وسكت عن الأخرى ، جازَ عقدُ

(١) آدر : جمع دار ، (القاموس المحيط : ٢ / ٢١) .

إجارةٍ من المستأجرِ قبلَ انقضاء السنة الأولى ، على أحـدِ القولين ، ولعلَّ الأولى فيه عدمُ الصحة لوجهين :

أحـدُهـا : أنَّ المختـارَ عنـدَ بعض الأصحـاب في الطَلْـقِ أنَّ الأصـحَّ أنَّـه لا يجوزُ إيجارُ المأجورِ من المَستأجر سنةً مستقبلةً قبل انقضـاء سنـةِ الإجـارة ، ودليلُه ظاهرٌ مشهورٌ .

والثاني : وهو أمسُّ بالإجـارةِ ، وأصلَحُ للوقفِ ، أنَّ الواقفَ إذا شرط أنْ لا يُعقدَ على الموقوفِ عقدُ إجارة إلا سنةً [١٠٢ / ب] واحدةً ، فيُفهم من هذا أنَّ غرضَه بقاءُ الموقوف على حالته ، لا تستولي الأيدي عليـه ، ولا سيا في مثل زماننا هذا ، الذي جرت عادةُ جماعةٍ غالبةٍ فيه استئجارَ الموقوفِ مـائتي سنـة ، وثلثمائة سنة ، وتمضي عليه السنونُ والأعصارُ ، فيصيرُ مثلَ الطَلْقِ في المعنى .

هذا مع أنَّ في قَدْرِ مدةِ الإجارةِ في كل المأجور خلافاً مشهوراً[1] .

[صور كتابة إجارة الوقف] .

٦٥٥ ـ إذا عرفتَ هذا فلنكتب لإيجار الوقف أمثلةً على مقتضى عـادةِ أهلِ الزمن ، فإذا كان المُؤجِّرُ للوقفِ الناظرَ فيـه من جهـة الواقـفِ ، وليس لـه فيـه فعلٌ ولا منفعةٌ ، من جهة الواقف ، كتب ما مثاله :

استـأجرَ فلانُ بنُ فلانٍ ، وأجَّره في عقـدٍ واحـدٍ ، ومقـامٍ واحـدٍ ، صفقـةً واحـدةً ، مـا هو تحتَ نظرِه ، ومفوضٌ إليـه ، ومستحـقٌ إيجـارَه والنظرَ فيـه ، المـدةَ التي ستعين شرعـاً ، وذلـك جميـعُ مــا هـو مـوقـوفٌ على أولادِ الـواقـفِ ،

---

(١) قال النووي رحمه الله : يصح عقد الإجارة مدة تبقى فيها العين غـالبـاً ، وفي قول لا يزاد على سنـة ، وفي قول ثلاثين . أ . هـ . وانظر تعليق الخطيب عليـه وبيـان صحـة إطلاق ذلـك على الطلق والوقف في (مغني المحتـاج : ٢ / ٣٤٩ ، شرح المحلي : ٣ / ٨٠ ، نهاية المحتاج : ٥ / ٣٠٥) .

فلان بن فلان بن فلان ، وهم فلانٌ وفلانٌ وفلانٌ ، ثم على أولادِهم ، ثم على أولادِ أولادهم ، بطناً بعد بطن ، ثم منْ بعدِ انقراضِهم على الفقراء والمساكين مثلاً ، ويذكرُ الموقوفَ عليهم ، وذلك جميعُ كذا وكذا ، ويذكرُ البلدَ والمحلةَ والحدودَ ، وحقوقَه وما يُعرف به ، ويُنسب إليه ، إجارةً صحيحةً شرعيةً لازمةً ، لينتفعَ بها المستأجرُ بذلك مدةَ عقدِ الإجارة ، ومدتُها وسنتها التي ستعين ، بما شاء من أنواعِ الانتفاعاتِ المعهودةِ للزراعات ، إنْ كانت العينُ الموقوفةُ أرضاً للزراعة ، أو للبناء ، أو داراً (للسكنى)[1]، أو حانوتاً فللتكسبِ فيها بما يليقُ بها مدةَ كذا وكذا سنةً هلاليةً ، متواليةَ الشهورِ والأعوامِ ، متعاقبةَ الليالي والأيام ، أولُها وقتُ عقدِ الإجارة المعينة ، وهو كذا وكذا من سنةِ كذا ، وآخرُها انقضاءُ المدةِ ، بأجرةٍ مبلغُها كذا وكذا ، قبضَها الناظر للموقوف عليهم ، قبضاً صحيحاً شرعياً ، بَرئت به ذمةُ المستأجر المذكور ، براءةً صحيحةً شرعيةً ، براءةَ قبضٍ واستيفاءٍ لجميعها .

٦٥٦ ـ وإن كانت الأجرةُ منَجَّمةً ، وإن شئت قلت : مُقَسّطة ، (كتب بأجرة جملتُها كذا وكذا ، مقسطة)[2] على المستأجرِ المذكورِ لابتداء مدة الإجارة في كل وقتٍ بقِسطه من الأجرةِ ، أو في كل سنهٍ تمضي عندَ آخرها ، يقسطُها أقساطاً متساوية ، ثم يكتبُ : وسلم المؤجرُ إلى المستأجر ذلك فتسلَّمه وحازَه ، وأحرزَه ، وبانَ به ، وصارَ في يده وتصرُفه ، ينتفعُ به مدةَ عقدِ [١٠٣ / أ] الإجارةِ ، وسنتها ، ويذكرُ جنسَ المنفعة اللائقةِ بالمأجورِ ، من غيرِ مانعٍ ولا منازعٍ .

ونظرَ المستأجران إلى ما وقعَ عليه عقدُ الإجارة إن كان مُفْرداً ، كدار أو

---

(١) في الأصل : فالسكنى .

(٢) ما بين القوسين من هامش الأصل .

أرضٍ أو عقارٍ ، وإن كانَ جزءاً شائعاً معلوماً قال : ونظرَ المستأجران إلى ما منه هذه الإجارة ، ورأياه وشاهداه ، ويتمُ الكتابَ بما لا يخفى .

وإن كان الواقفُ شَرَط أن لا يُؤجَر الوقفُ إلا سنة واحدة مثلاً ، وسكتَ عما سوى ذلك ، وأرادَ الناظرُ إيجارَه مائة سنة مثلاً ، أو أراد البطنُ الأولُ إيجاره ، ولم يجعل الواقفُ النظرَ لأجنبي ، بل سكتَ عنه ، وقلنا : إن النَظرَ ينتقلُ إلى الموقوفِ عليهم ، كتبَ في الإجارةِ مدةَ مائةِ سنةٍ هلاليةٍ ، متواليةَ الشهورِ والأعوامِ ، متعاقبةَ الليالي والأيام ، أولها وقتُ عقودِ هذه الإجارة ، وآخرها انقضاءُ المدة ، بأجرةٍ مبلغُها كذا وكذا ، وذلك في مائةِ عقدٍ ، كلٌّ عقدٍ منها منفردٌ بنفسه ، مستقلٌ بأحكامه ، منعقدٌ بالإيجابِ والقبول ، متناولٌ لسنةٍ من المدة ، ولدرهم من الأجرة ، جميعُها عقودٌ صحيحةٌ شرعيةٌ متعاقبةٌ ، يعقبُ بعضُها (بعضاً)[1] ، ثم يذكرُ قبضَ الأجرةِ إنْ كانت قُبضَت ، أو تنجيمَها حسبما وقع عليه الأمرُ والقبضُ والرؤيةُ .

٦٥٧ ـ والأولى أنْ يذكرَ أنَّ بعضَ الحكامِ حكمَ عليهما بصحةِ هذه الإجارةِ ولزومها ، وقضى عليهما بمقتضاه ، مستوفياً شرطه ، أقرا بذلك ، وأشهدا عليهما به ، وقد سبق ذكر فائدة هذا .

[إجارة بياض أرض فيها شجر وهي المساقاة] :

٦٥٨ ـ أما إجارةُ بياضِ أرضٍ فيها أشجارٌ فظاهرةٌ ، غيرَ أنَّه يذكرُ أنَّه أجَّرَه بياضَ أرضِ البستانِ خَلا مواضعِ الشجر ، فإذا ذكرَ المأجورَ والمستأجرين والمدةَ والأجرةَ والقبضَ من الطرفين وجنسَ المنفعةِ والرؤيةَ والمشاهدةَ وما يتعلق بذلك ، كتب الكاتبُ بين المتأجرين صورة مساقاةٍ[2] على ما في

(١) في الأصل : بعضها ، وهو خطأ في النقل .

(٢) المساقاة : من السَقْي بفتح السين وسكون القاف ، لأن العامل يسقي الشجر ، وحقيقتها أن يعامل غيره =

الأرض المؤجرة من الغراس ، فيكتبُ : وبعدَ صحةِ عقد هذه الإجارةِ ولزومِها وقبضِ المأجورِ من الطرفين ساقى المؤجرُ المسمى المستأجرَ المذكورَ على ما في الأرضِ المؤجرةِ من الغراسِ النابتِ فيها ، المثمرِ وغيرِ المثمرِ ، وهذا الغراسُ ملكُ المؤجرِ المذكورِ ، ساقاه مدةَ الإجارةِ المعينة ، على أنْ يعملَ العاملُ المذكورُ هذه الأشجارَ ، كما جرت العادةُ فيها ، كلَّ ما فيه صلاحٌ لأشجارِ المذكورِ ، ومستزادٌ للثمار ، وذلك معروفٌ [١٠٣ / ب] بينهما معلومٌ لهما ، ومهما فتحه الله تعالى من ثمرٍ فلربِّ المالِ بحقِّ ملكِه الثلثان من ذلك مشاعاً ، وللعاملِ الثلثُ أو العشْرُ ، والباقي للمالك ، على ما يقعُ اتفاقهما عليهما ، مساقاةً صحيحةً شرعيةً لازمةً ، وأشهدا عليهما به طوعاً ، بتاريخ كذا وكذا .

[الاستئجار للحج] :

٦٥٩ ـ أما إجارةُ الأجيرِ للحجّ عنْ مَيت فلا بدَّ أن يكونَ الأجيرُ حراً مسلماً بالغاً عاقلاً قد حجَّ حجةَ الإسلام ، وأسقطَ فرضَ نفْسه عنه بحجتِه ، ولا بدَّ أنْ يكونَ الميتُ مسلماً .

ثم إنْ كانَ ماتَ بعدَ وجوبِ فريضةِ الحج عليه واستقرارها في ذمتِه لوجودِ الشرائطِ في حقه ، فيخرجُ من تركتِه ، من رأسِ ماله ، ما يكونُ أجرةَ أجيرٍ يحِج عنه حجةَ الإسلامِ .

وإنْ كانَ الميتُ قد حجَّ ، أو كان صبياً أو عبداً جازَ الاستئجارُ على تحصيلِ حجّ التطوعِ عنهم على أصحّ القولين .

٦٦٠ ـ ثم استئجارُ الأجيرِ ، تارةً يكونُ على عينه ليَحُجَّ بنفسه ، وتارةً

= على نخل أو شجر عنب ليتعهده بالسقي والتربية ، على أن الثمرة لهما ، وفي غير النخل والعنب من الأشجار قولان ، وانظر بقية أحكام المساقاة في المراجع التالية : (مغني المحتاج : ٢ / ٣٢٢ ، التنبيه : ٨٢ ، شرح المحلي : ٣ / ٦٠ ، حاشية البجيرمي : ٣ / ١٥٤ ، المهذب : ١ / ٣٩٧) .

يكونُ في ذمتهِ ليَحْصَلَ الحجُّ عن المحجوجِ عنه بنفسه ، أو بمَنْ يَسْتأجره هو ، والفرقُ بينَ الإجارةِ على عينِ الأجير ، وبين ورودِ الإجارةِ على ذمته أنَّ في الإجارةِ على العينِ لا يُضيفُ الحجَّ إلى السنةِ القابلةِ ، بل لا بدَّ من استئجاره على الحجِّ بنفسِه في هذه السنةِ ، أعني السنةَ التي وقعت الإجارةُ فيها .

وعلى هذا يُشترطُ أنْ تكونَ الإجارةُ في زمنٍ يمكنُ الأجيرَ الحجَّ في هذه السنةِ ، إذا قصدَ مكةَ ، ويُشترطُ أنْ يكونَ وقتُ شروعِ الأجيرِ في السيرِ ، اللهم إلا إذا كانت المسافةُ لا تنقطعُ في سنةٍ ، فتجوزُ الإضافةُ إلى السنةِ القابلةِ لإمكان شروعِه في المسيرِ من وقتِ الإجارة .

وأما عقدُ الإجارة في وقتِ المسيرِ فهذا شرطٌ لا بدَّ منه .

٦٦١ ـ أما في الإجارةِ في الذمَّةِ فللمستأجرِ أن يُعَيّنَ أيَّ سنة شاءَ ، ولا يُشترط تعيينُ هذه السنة التي وقعتِ الإجارةُ فيها ، نعمْ ، إنْ أطلق العقدَ نزلَ على السنة الأولى ، ووجب الحجُّ فيها .

٦٦٢ ـ وفي الإجارةِ على العينِ ، إذا فاتَ الأجيرَ الحجُّ في السنةِ الأولى ، بامتناعه عنِ الخروجِ ، انفسختِ الإجارة قولاً واحداً ، وإن وَرَدَت على الذّمة ، هل تنفسخُ ؟ عند العراقيين لا تَنْفسخ ، وللمستأجرِ الفسخُ ، وعندَ المراوزةِ فيه قولان ، أحدُهما : ينفسخُ ، والثاني : يَثْبتُ الخيار .

فإنْ فرّعنا على ثبوتِ الخيارِ ، وفَرَضْنا أنَّ المستأجرَ كانَ استأجرَ أجيراً ليَحُجَّ عنه حجةَ الإسلامِ ، وهو [١٠٤ / أ] مغصوبٌ ، ثم ماتَ المستأجرُ فلا خيارَ للورثةِ ، لأنَّ الأجيرَ الذي عينه المستأجرُ أولى ، هكذا قالَ الأصحابُ .

وفيه احتمالٌ ذكره الإمامُ إذ قد تكونُ المصلحةُ في إبْدالِه ، وليس هذا موضعَ استقصاء هذا الفقه .

[كتاب الاستئجار للحج] :

٦٦٣ ـ عُدْنا إلى المقصودِ ، فإذا استأجَر وصيٌّ عن ميتٍ ، أو قيِّمٌ من جهةِ الحاكمِ ، أجيراً ليَحِج عن ميتٍ ، كتبَ ما مثاله :

استأجر فلانٌ ، وهو جائزُ التصرفِ فيما يُنسبُ إليه قولُه وفعلُه في هذا الكتابِ عن المتوفى يومئذ فلانِ بن فلان ، فلاناً ، وقد عَرَفَه معرفةً صحيحةً شرعيةً ، وأنّه حرٌ مسلمٌ بالغٌ عاقلٌ قد حجَّ بيتَ اللهِ تعالى الحرامَ ، وأسقطَ فريضةَ الحج عن ذمته ، استأجرَه فأجَّر منه نفسَه بعقدٍ صحيحٍ شرعيٍ ، مُنعقداً بالإيجاب والقبول ، على أن يَحجَّ بنفسه عن فلان المتوفى المسمى ، في هذه السنة ، سنة كذا وكذا ، أو أجر فلانٌ نفسَه من فلان ، أو ألزم فلانٌ ذمةَ فلانٍ فالتزم كذا وكذا ، ثم يقولُ : فَخَرَجَ من دُوَيْرَةِ أهلِ الميتِ المحجوجِ عنه الذي وقع عقد هذه الإجارة فيها ، وهي مدينةُ كذا ، عقيب عقد الإجارة ، منبعثاً في السير ، وهو وقتُ مسيرِ قافلةِ الحاج من الأقطار ، جرياً على العادةِ الإسلامية ، على طريقِ العراقِ ، فيسيرُ إلى أنْ ينتهيَ إلى ميقاتِ العراقِ ، وهو ذاتُ عِرْقٍ ، فإذا وصلَ إليه اغتسلَ وتجرَّدَ عن المخيطِ ، ولبس إزاراً ، وأمسّ شيئاً من طيب ، ورَكَع ركعتي الإحرام ، ثم نَوى الإحرامَ بالحج عن فلانِ الميتِ ابن فلان ، باسمه ونسبه وما اشتهرَ به ، بحجةٍ مفْرَدَةٍ ، ولبى باسم المحجوج عنه بحجةٍ مُفْردةٍ ، ثم يسير مع الحجيج إلى جبلِ عرفاَت ، فيأتي بجميع أركان الحج وواجباته ومناسكه ، ناوياً بذلك المحجوج عنه المذكور ، فإذا فرَغَ من الحجيج يعتمرُ عنه بعمرة الإسلام ، ناوياً إياهُ بذلك ، إجارةً صحيحةً شرعيةً لازمةً ،

تعلقت بعين (الأجير)[1] المسمى ، وفعل نفسه ، في هذه السنة ، سنة كذا وكذا ، بأجرةٍ مبلغُها كذا وكذا ، قبضها (الأجير)[2] المسمى من مال المحجوج عنه ، قبضاً صحيحاً شرعياً ، وتفرّقَ المتعاقدان عن الإيجابِ والقبولِ والإلزامِ ، ثم أخذَ للأجير في انبعاثه في السيرِ ، لتحصيل الحجةِ المذكورة عن الميت المسمى بنفسه عند هذه الإجارة ، في هذا التاريخ الذي جرتِ العادةُ بين أهل البلد في السير فيه ، وهو وقتَ [١٠٤ / ب] اهتمام الحجيج بالمسير لتحصيل الحج ، والسعي فيه ، وأشهدا عليهما بذلك في كذا وكذا .

[كتاب الإجارة بالحج بذمته] :

٦٦٤ ـ وإنْ كان إيثارُ المستأجرِ عقدَ الإجارة على ذمة الأجير ، وهو الأولى ، كتبَ عِوضَ قوله : استأجر منه نفسه أن يَحجَّ بنفسه عن فلان ، استأجر منه نفسَه على تحصيلِ حجةِ الإسلامِ وعمرتِه مُفردتين ، عن فلانِ الميت ، بنفسه أو بمن يحصل ذلك عنه للميت المسمى ، وإن شاءَ كتب : أَلْزمَ فلانٌ ذمةَ فلانٍ ، فالتزمَ بعقدٍ شرعي لازم تحصيلَ حجة الإسلام وعمرته عن فلانِ الميت ، بنفسه أو بمن يَستنيبُه ، أو يستأجره في هذه السنة ، سنة كذا وكذا ، أو فيا بعدها من السنين بأجرة مبلغها كذا وكذا ، ثم يصفُ الطريقَ ويذكرُ الميقاتَ ، وهل يشترط ذكرُه في الإجارة ؟ فيه خلافٌ مشهورٌ ، ثم يذكرُ الأعمالَ ، أركانَها وواجباتِها وسنتَها ، جملةً أو تفصيلاً ، ولا يشترطُ التفصيلُ إلا في حق من يُعلمُ منه الجهلُ بها وقتَ الإجارةِ .

[الرهن والكفيل من الأجير للحج] :

٦٦٥ ـ ثم جرت عادةُ المستأجرين طلبَ رهنٍ من الأجير ، يرهنه على

(١) في الأصل : الأجر .

(٢) في الأصل : الأجر .

تحصيلِ الحجة التي قد قبض أجرتَها ، أو إقامَة كفيلٍ ، على تحصيلها ، وهو جائزٌ صحيحٌ ، صرَّحَ به الشيخُ أبو نصرٍ وغيرُه ، فليكتب بعد ما ذكرناه :

ورهنَ الأجيرُ على ماثبتَ في ذمته ، من تحصيلِ حجة الإسلامِ عن المحجوجِ عنه ، جميعَ كذا وكذا ، رهناً صحيحاً مسلماً مقبوضاً مأذوناً في قبضه ، قبضه المرتهنُ المستأجر بإذن الراهن المسمى ، ويُتَممُ ذلك .

أو حضرَ فلانُ بن فلان بن فلان وضَمِنَ عن فلانِ الأجير ما ثبتَ في ذمته من تحصيل الحجةِ المشارِ إليها ، ضماناً صحيحاً شرعياً ، ويتمُ ذلك حسبما يذكر في وثائق الديون ورهنها .

[استئجار الجمال للحج] :

٦٦٦ ـ وإن استأجر رجلٌ من رجلٍ جمالاً إلى مكةَ ذاهباً وجائياً ، كتب :

اكترى منه كذا وكذا جمالاً ، جمالاً نزلاً عرابا أو بخاتي أو أرحبية أو مهرية أو نجدية ، ويصفها ، ويذكرُ أنها شهداها ، ووقعَ العقدُ على عينها ، إن كانَ الأمرُ كذلك ، وإنْ وقعَ على الذمةِ وصفَها واستقصى صفاتِها ، ثم يكتبُ : مُرَحَّلةً برحالها ، مخطومةً بزمامها ، على أنْ يحملَ على جملينِ منها كذا وكذا مناً[1] من الطعامِ والزادِ والثيابِ ، وعلى جمل منها محارة[2] أو كجاوة ، بغدادية أو أعجمية أو شامية ، معلومةَ المقدار والصنعة والصفةِ ، مجللةً بغطاها ، معلقةً بحبالها ، يركبُ فيها فلان وفلان ذاهبين [١٠٥ / أ]

---

(١) المنّ : وزن كان معروفاً في بعض الأقطار الإسلامية ، قال التَّهانوي : المنّ : بالفتح وتشديد النون شرعاً ، وعرفاً بهراة ، أربعون أستاراً ، كل أستار أربعة مثاقيل ونصف مثقال ، وعرفاً سبعة مثاقيل ، فالمن شرعاً مائة وثمانون مثقالاً ، وعرفاً مائتان وثمانون مثقالا ، (انظر : كشاف اصطلاحات الفنون : ٦ / ١٣٥٦) .

(٢) المحارة : ما يجتمع فيه الماء ، (المنجد : ١٦٤) .

وعائدين إلى مكةَ حرسها الله تعالى ، في الطريقِ المسلوكِ على طريقِ العراقِ مع قافلة الحج ، ويمضي بها إلى عرفات والمشاعر على ما جرت به العادة ، ويُقيم بمكة ما جرت به العادةُ ، فإذا نفرَ الحجُ نفرَ معهم ، ويستصحب من تحف مكةَ وطُرقِها[1] ، برسَم الهدية ما جرت به العادة كذا وكذا مناً ، وكلما نفدَ من زاده قدراً استبدل مكانه إلى أن يعودَ إلى وطنه ، وله أن يحملَ عليها ما جرت به العادةُ من السطيحة والقِدْر والسُفرة وغير ذلك ، وكل ذلك معلومٌ بين المتعاقدين بأجرةٍ جملتها كذا وكذا ، ثم يذكرُ القبضَ على ما وقع الاتفاق عليه .

٦٦٧ ـ وإنْ كانت الإجارةُ في الذمةِ ، كتبَ : التزمَ فلانٌ أنْ يحملَ لفلان كذا وكذا مناً من الزاد ، ويصفُه ، والطعامِ ويصفه ، والثيابِ ، ويحملُ له كجاوة ويصِفها ، ويحملُ عليها المكتري وولدَه أو غلامَه فلاناً ، وقد رآهما وعلمها ، التزم حمل ذلك من مدينة كذا إلى مكة حرسها الله تعالى على طريق العراق ، في مدةٍ أوّلها كذا ، وآخرها كذا ، ثم يذكرُ نحو ما ذكرناه .

[أنواع الإجارات] :

٦٦٨ ـ وأعلم أن الإجارات تتنوعُ لتنوعِ الأعمالِ ، وليس الغرضُ من وضعِ هذا الكتابِ إلا ذكرَ فقهِ الشروطِ والوقائعِ والتنبهِ على بعضِ أمثلةِ الكتبِ ، ليقيسَ الفقيهُ الكاتبُ ما تركناه على ما ذكرناه ، وليس من اللائقِ حشوُ الأوراقِ بصورِ الوثائق والحجج والسجلات ، كما فعله الورّاقون المدّعون علمَ الشروط ، فإنَّ أهل العلم بالأحكام الشرعيةِ أعلى رتبةً من ضياعِ الزمنِ والمالِ في نقلِ نسخٍ مصورةٍ لا تخفى عن الصبيان ، فليَقِسِ الفقيهُ الكاتبُ استئجار

---

(١) الطُرُق : جمع طِراق ، وهو جلد النعل .

الـدور والحمـامـات والحـوانيت والأجراء العـاملين في الخيـاطـة والحفرة والبنـاء والغسل والرضـاع وغير ذلـك على مـا ذكرنـاه ، فهـو طريـق مَهْيَعٌ[1] مسلـوك لا يخفى على ذي فطنةٍ ، ولن يخفى على الكاتبِ الفطن كتابةُ حُجةٍ بـدينٍ ، وذكرُ رهنٍ بها ، مشاعاً كان على مذهبنا ، أو مقسوماً على المذهبين[2] .

وتحديدُ ذلك وضبطُه وذكرُ الملاءَة به وذكر كفيلٍ به ، أعني بالـدَّيْن ، إن كان ، أو بالبدنِ ، وكـذلـك كتـابـةُ شرطٍ يتضمنُ سَلَماً حـالاً أو مؤجلاً ، فـإنَّـه لا يخفى عليه اشتراطُ قبضِ رأس المال في المجلس ، وإنَّ استقصاءَ الأوصاف التي يختلف بها العَرَضُ والقيمةُ ، لا بدَّ منه ، وأنَّـه يُشترطُ أنْ يكونَ مما يَعُمُّ وجودُه غالباً ، ويُضبطُ بالصفة ، وما يختلفُ اختلافاً كثيراً يمنعُ اختلافُهُ [١٠٥ / ب] من ضبطِ وصفه لا يصحُّ السلمُ فيه ، وكذا ما يعزُّ وجودُه لا يصحُ السلمُ فيـه ، فلا بدَّ في ذكر السلمِ من ذكر الجنس والنوع واللون ، فالجنسُ في الـدوابِ قولـه عربي أو أعجمي ، والنوع قولـه : من خيـلِ بني كـلاب أو بني عقيـل ، أو بني

---

(١) الطريق المَهْيَع : الـواسـع الـواضـح البين ، وهـو من هَيَـع ، وليس في الكـلام فَعْيـل ، (انظر : القـامـوس المحيط : ٣ / ٨٦ ، ١٠١) .

(٢) يشير المصنف إلى الاختلاف بين الشافعية والحنفية في رهن المشاع ، فأجازه الشـافعيـة ، قـال النووي رحمـه الله : ويصح رهن المشاع ، ومنعـه الحنفيـة ، قـال منلا خسرو في (درر الحكام : ٢ / ٢٥١) : لا يصح رهن المشـاع ، لأن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ، وهو لا يتصور في المشـاع من حيث أنـه مشـاع مطلقاً ، أي سواء كان مما يحتمل القسمة أولا ، وسواء رهن من شريكـه أو من أجنبي ، والطـارئ كالمقـارن ، وقـال المرغينـاني : ولا يجوز رهن المشـاع ، وقـال الشـافعي يجوز . أ . هـ . (انظر : نتـائج الأفكار وشروح الهـدايـة : ٨ /٢٠٤ ، بـدائع الصنـائع : ٨ / ٣٧٢٢) ، والمالكية في هذا كالشافعية ، قال ابن رشد في (بداية المجتهد : ٢ / ٢٩٦) : واختلفوا في رهن المشاع فمنعه أبو حنيفـة ، وأجازه مالك والشافعي ، وقال الدردير : وصح مشاع ، (انظر : حاشيـة الـدسوقي : ٣ / ٢٣٥ ، بلغـة السـالـك : ٢ / ١٠٢ ، قوانين الأحكام الشرعية : ٣٥١) ، وكذلك قال الحنابلة بجواز رهن المشـاع ، قـال ابن هبيرة : واختلفوا في رهن المشاع ، فقـال مـالـك والشـافعي وأحمد يجوز ، وقـال أبو حنيفـة لا يجوز ، (انظر : الإفصـاح : ١ / ٢٣٨ ، المحرر في الفقه : ١ / ٣٣٥ ، كشاف القنـاع : ٢ / ١٤٧ ، المغني : ٤ / ٢٥٠) ، ويظهر بعـد عرض المـذاهب أن كلام المصنف غير دقيـق ، وأن الجمهـور أجـازوا رهن المشـاع خـلافـاً للحنفيـة ، وانظر آراء الشـافعيـة في (شرح المحلي : ٢ / ٢٦٣ ، مغني المحتاج : ٢ / ١٢٣ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٢٣٨ ، إعانة الطالبين : ٣ / ٥٦) .

هلالٍ ، وفي العبيد الجنسُ قوله : تركيّ أو هندي ، والنوعُ قولُه : تتري أو خطامي ، واللون فلا بد منه ، والجنس في الإبل قوله : بخاتي أو عرابي ، والنوع مهرية أو أرحبية من نَعَمِ بني فلان ، فلو كانت نعمُ بني فلان تختلف ، فهل يلزمه وصفُها بما ينفي الاختلاف ؟ فيه قولان منصوصان ، الأصحُ نعم ، فلا بد في الحيوان من ذكر الأنوثة والذكورة ، والسن والقدر ، فليقل استحباباً في الإبل : غيرُ سَوْدَن ، سبطُ الخلق ، نقي من العيوب ، محفرُ الجبين ، ويُروى مُجَفَّرُ الجبين ، ويذكرُ في الخيل شياتها ، وهو الغُرةُ والتَحْجيلُ والسنُّ والقدُ .

٦٦٩ ـ وأما صفةُ الجودةِ والرداءةِ في الكلِّ ففي كونها مستحِقة أو مُستحَبة وجهان ، وكذا في السلم في الحبوب والثياب ، يذكر من الأوصاف الواجباتِ والمستحبة ما يختلفُ به العَرَض ، ولن يعرفَ هذا أو يقدرَ على كتابته إلا من منحَهُ الله تعالى العلمَ به .

٦٧٠ ـ وكل هذه العلوم يتعينُ على الشروطي معرفتُها ، ليكونَ على بصيرةٍ مما يضعه ، وثقةٍ مما يكتبه ويثبته ، وكذلك ينبغي له معرفةُ ما يكتبه من الوكالاتِ والحوالات والشركة والأقارير بالأملاك والديون والحقوق والهبات والعمرى والرقبى[1] ، والصداقات والخلع والطلاق والعُدد والرجعة والجنايات وغير ذلك .

ولو التزمنا أنْ نكتبَ لكل بابٍ مثالاً لكلفنا أنفسنا شططاً ، واشتغلنا به ، وهو غيرُ مهم ، وتركنا به ما هو أهم منه .

---

(١) العمرى : هبة الشيء مدة عمر الموهوب له أو الواهب ، بشرط الاسترداد بعد موت الموهوب له ، مثل أن يقول : داري لك عمري ، فتمليكه صحيح ، وشرطه باطل ، وقد أجاز الفقهاء ذلك ، لما ورد في الحديث الشريف أن رسول الله ﷺ « أجاز العمرى ، وأبطل الرقبى » ، وقال : « أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها ، فإن من أعمر شيئاً ، فإنه لمن أعمره » ، والرقبى : أن يقول : إن مت قبلك فهي لك ، وإن مت قبلي رجعت إلي ، كأن كل واحد منهما يراقب موت الآخر وينتظره ، واختلف الفقهاء فيها فأبطلها الحنفية للحديث السابق ، وأجازها الشافعية وأبو يوسف من الحنفية واعتبروها كالعمرى ، لما ورد في رواية أخرى « أنه ﷺ أجاز العمرى والرقبى » ، (انظر : التعريفات : ١٣٧ ، ٩٩ . التنبيه : ٩٣ ـ ٩٤ ، مختصر صحيح مسلم : ٢ / ٢١ ، الفتح الكبير : ١ / ٢٦٢) .

فصل

في

كتاب وقف يكون أنموذجاً لغيره

٦٧١ ـ لمَّا كان الوقفُ كثيرَ الوقوعِ ، غالبَ الوجودِ ، يُرادُ للتأبيدِ ، وقعَ الاهتمامُ بذكرِ صورةِ كتابٍ منه ، فلنذكره .

هذا ما وقفه وحبسه وتصدَّق به الفقيرُ إلى عفوِ الله ورحمته فلانٌ ، وقفَ وتصدقَ بجميع كذا وكذا ، ويذكرُه ويحدِّدُه ، ثم يقول : بجميع حقوقِ ذلك كله وحدوده ورسومه وسفله وعلوه ، ويذكر من حقوقه ما لا بدّ من ذكرِها ، ثم يقول : وقفاً صحيحاً شرعياً وحبساً دائماً مؤبداً ، وصدقةً بتّةً تبلَةً[1] ، محرمةً بحرمات الله ، [١٠٦ / أ] لا يناقَلُ به ، ولا بشيء منه ، ولا يُباع أصلُه ولا شيءٌ منه ، ولا يُوهب ولا شيء منه ، ولا يُورثُ ولا شيءٌ منه ، إلى أنْ يَرثَ اللهُ تعالى الأرضَ ومن عليها ، وهو خيرُ الوارثين ، على أولاده لصلبه ، وهم فلانٌ وفلانٌ وفلانٌ بالسَّوية ، أو على تفصيلٍ يذكره ، ثم على أولادِهم من بعدهم ، ثمَّ على أولادِ أولادهم ، ثم على أولاد أولادهم ، بطناً بعد بطن ، وقرناً بعد قرن ، لا تزالُ هذه الصدقةُ الوقفُ قائمةً على أصولها ، جاريةً على سبلها ، إلى أنْ يَرِثَ اللهُ تعالى الأرضَ ومن عليها ، وهو خِيرُ الوارثين ، على أنَّه منْ توفي من أولاده لصلبه ، وهم البطنُ الأول ، عن أولادٍ ، كان ما أصابه من

(١) تبلة : أي منقطعة ، وصدقة تبلة أي منقطعة عن صاحبها ، (انظر القاموس المحيط : ٣ / ٣٣٢) .

الوقف المعين لأولاده على الفريضة الشرعية ، ثم على أولادهم ، من بعدهم ، ثم على أولادِ أولادهم ، بطناً بعد بطن ، وإن توفي أحدُ أولادِ الصلبِ عن غير ولد ، ولا ولدِ ولدِ وإن سفل ، كان نصيبه من الوقوف عائداً إلى بقية إخوته ، وهم بقيةُ البطنِ الأول بينهم ، إما على السوية إنْ اختارا ، أو على الفريضة الشرعية ، وإنْ توفي عن بنتٍ واحدة فلها كذا وكذا ، والباقي لأعمامها ، وهم بقيةُ البطنِ الأول .

٦٧٢ ـ فإذا انقرضَ البطنُ كلُّهم ، ولم يُخَلِّفْ واحدٌ منهم ولداً ، ولا ولدَ ولدٍ ، وإنْ سفلَ ، كانَ هذا الوقفُ ، راجعاً إلى البطن الثاني ، وهم أولادُ البطن الأول ، على كذا وكذا ، ثمَّ منْ بعدهم على أولادهم ، ثم على أولادِ أولادهم ، بطناً بعد بطن ، وقرناً بعد قرنٍ ، وجيلاً بعد جيل ، على الشرط المذكور في البطن الأول .

وكذلك كلُ بطنٍ متأخرٍ لا يستحقُ شيئاً من الوقف حتى ينقضيَ البطنُ المتقدم عليه ، وجميعُ أولادهم ، وأولادُ أولادهم يجري ذلك وكذلك أبدَ الآبدين ، ودهرَ الداهرين ، فإذا انقرضوا ، وخَلَتْ الأرضُ منهم ، ولم يبقَ أحدٌ يُنسبُ إلى الواقفِ المذكور بالبُنوةِ ، كانت هذه الصدقةُ راجعةً إلى فقراء المسلمين ومساكينهم بمدينة كذا .

٦٧٣ ـ هذا إن أرادَ أن يُرتِّبَ الوقفَ المذكورَ على البطون فليذكره بلفظة « ثم » ، ويؤكده بقوله : بطناً بعد بطن ، وجيلاً بعد جيل .

ويكفي في الترتيب لفظةُ « ثم » على الأصح المفتى به ، خلافاً للشيخِ أبي عاصم العبادي[1] ، وهو زلل من كبير .

---

(١) قال أبو عاصم : تحمل ثم على الجمع ، انظر تفصيل هذه المسألة ، ورأي العبادي فيها ، في (طبقات الشافعية الكبرى عند ترجمته : ٤ / ١١٠) .

٦٧٤ ـ وإنْ أرادَ التسويَـة بين البطون فليـذْكره بلفظـةِ الـواو العـاطفـة ، ولا يذكرُ بطناً بعـد بطن ، فـإنَّ الواو تقتضي الجمعَ في الوقتِ ، ولا يتفرعُ على الخلاف في الواو ، هـل تقضي الترتيبَ أو الجمـعَ ؟ بـل في الـوقفِ [١٠٦ / ب] للجمع قولاً واحداً .

٦٧٥ ـ ثم إنْ كانَ البطنُ الأولُ بالغين ، فلا بـدَّ من قبولهم على الأصح من مـذهب المراوزة ، فليقل : وقَبلَ المـوقـوفُ عليهم ، وهم أولادُ الـواقف لصلبـه ، الموجودون يومئذ ، هذا الوقفَ قبولاً صحيحاً شرعياً .

وإن كانوا أصاغرَ ، فليقل : وقَبِلَ لهم هـذا الوقفَ قـابلٌ ، صحَ قبولـه لهم شرعاً ، بإذنِ من له الإذن في ذلك شرعاً .

٦٧٦ ـ فـإذا فَرَغَ من ذكرِ شرطِ الواقفِ كتب : وجعـلَ الـواقفُ النظرَ في هذا الوقفِ لنفسه مدةَ حياته ، ثم من بعـده إلى الأرشـدِ فـالأرشـدِ من أولادِه ، فإنْ ماتَ ولم يكن في أولاده رشيدٌ كان النظرُ فيه إلى الحاكمِ بمدينة كذا ، كائنـاً من كان ، وعلى الناظر في ذلك أن يبدأ بإصلاح هـذا الوقفِ وترميـه وعمـارتـه من رَيْعـه ومَغْلِـه[1] ، ثم مـا فضـلَ منـه يصرفُ إلى مستحقـه على مـا شرطـه الواقف ، ثم يقول : والواقفُ المذكورُ يَستعدي إلى الله تعالى على من غيّر هـذه الصدقة ، أو غير شيئاً منها بقولٍ أو فعلٍ ، والله سبحانـه سـائلـه ومحـاسبـه يوم الطامّة ، يومَ القيامة ، يومَ الآزفة ، يوم القارعـة ، ﴿ يومَ تَـذْهلُ كل مرضعـةٍ عما أرضعت ، وتضعُ كل ذاتِ حَمْلٍ حَمْلَها ﴾ ، الآية[2] ، ﴿ يومَ تجدُ كل نفس

(١) مغله : أي ريعه وإنتاجه ، والمَغْل في الأصل : اللبن الذي ترضعه المرأة لولدها وهي حامل ، (القـاموس : ٤ / ٥١)

(٢) إشارة إلى أول سورة الحج . يقول الله تعالى : ﴿ يا أيّها النّاسُ اتّقوا ربّكم ، إنّ زَلْزلَةَ السـاعـة شيءٌ عظيمٌ ، يومَ تَرَوْنَها تَـذْهَلُ كلُّ مُرْضِعةٍ عَمّـا أرْضَعت ، وتضعُ كلُّ ذاتِ حَمْـل حَمْلَهـا ، وترى النّـاسَ سُكارى ومـا هُم بسُكارى ولكنَّ عذابَ الله شديدٌ ﴾ سورة الحج ، الآيتان ١ ـ ٢

ما عملت من خير محضراً ﴾ ، الآية[1] ، ﴿ يومَ لا ينفعُ الظالمين معذِرَتُهم ، ولهم اللعنةُ ، ولهم سوءُ الدار ﴾[2] ، فمن غيَّر هذه الصدقَة الوقفَ أو شيئاً منها ، أو بدلها أو شيئاً منها ، فعليه لعنةُ الله والملائكةِ والناس أجمعين ، لا يقبلُ الله منه صلاةً ، ولا صَوْماً ولا حجاً ولا عبادةً ، وجعله من الأخسرين أعمالاً الذين ضل سعيهم في الحياة الدنيا ، وهم يحسبون أنهم يُحسنون صنعا[3] ، فمن بدَّله بعدَ ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه ، إنَّ الله سميعٌ عليم[4] ، وأجرُ هذا الواقف المتصدقِ على الله سبحانه العظيم ، الذي يَجزي المتصدقين ، ولا يُضيعُ أجر المحسنين .

٦٧٧ ـ وقرِئ هذا الكتابُ من أوله إلى آخره على الواقفِ المتصدق المسمى في هذا الكتاب ، وهو مُصغٍ إليه ، مستمعٌ إلى ما فيه ، فأقرَّ بفهمه ومعرفةِ جميع ما تضمنه ، وأشهدَ عليه بما نُسِبَ إليه فيه طائعاً في صحةٍ منه ، غيرِ مُكرَهٍ ولا مُجبَر ، ولا علةٍ به حالةَ إد[5] ولا مرض ، في صحةِ أوصافه ونفوذ أمره وتصرفاته ، بتاريخ كذا وكذا ، من سنة كذا وكذا .



(١) سورة آل عمران ، الآية ٣٠ ، يقول تعالى : ﴿ يومَ تَجِدُ كلُّ نفسٍ ما عَمِلتْ من خيرٍ مُحْضَراً ، وما عَمِلَتْ من سُوءٍ ، تَوَدُّ لَوْ أنَّ بينَها وبينَه أمداً بعيداً ويُحذرُكم اللهُ نفسه ، والله رؤوفٌ بالعباد ﴾ .

(٢) سورة غافر ، الآية ٥٢

(٣) يقول تعالى : ﴿ قُلْ هل نُنبئُكم بالأخسرين أعمالاً ، الذين ضلَّ سعيُهم في الحياةِ الدنيا ، وهم يحسبون أنّهم يُحْسنون صُنْعا ﴾ سورة الكهف ، الآيتان ١٠٣ ـ ١٠٤

(٤) يقول تعالى : ﴿ فمنْ بدّله بعدَ ما سمعه فإنما إثمهُ على الذين يُبدلونه إن الله سميع عليم ﴾ سورة البقرة ، الآية ١٨١

(٥) الإدّ والأد : العجبُ والأمر المنكر الفظيع والداهية ، من قولهم أدت الناقة تئد أي رجعت حنينها ترجيعاً شديداً . (انظر : مفردات غريب القرآن : ١٤ ، القاموس المحيط : ١ / ٢٧٤) .

فصل
في
أمثلة المحاضر

٦٧٨ ـ ولا شك في اختلافها بسبب تنوعها .

[محضر بإثبات وفاة] :

٦٧٩ ـ فإنْ كانَ المطلوبُ إثباتَ وفاةِ رجلٍ ، وعدةَ ورثته ، كتبَ بعد البسملة : شهد مَنْ [١٠٧ / أ] أثبت شهادتَه آخر هذا الكتاب ، شهادةً هم بها عالمون ، ولها محقون ، لا يشكُّون فيها ولا يرتابون في شيءٍ منها ، وهم من أهلِ الخبرةِ الباطنةِ بها ، يَشْهدونَ به ، أنَّهم يعرفون فلانَ بن فلانٍ بن فلان ، ويذكرُ ما هو مشهورٌ به من بلده ومحلته وصنعته ، معرفةً صحيحةً جامعةً ، عيناً واسماً ونسباً ، وأنَّه توفي إلى رحمة الله تعالى بمدينة كذا ، بتاريخ كذا ، من سنة كذا .

وخَلَّفَ من الورثةِ المستحقين ميراثَه وجميعَ تركتِه أولادَه لصلبه ، وهم فلانٌ وفلانٌ الذكور ، والإناثُ ، أو إنْ كانَ ابناً واحداً ذكره ، أو بنتاً وأخاً لأبوين ، أو لأبٍ ذكرهما .

٦٨٠ ـ والغرضُ أن يكتبَ عِدَّة ورثته ، ثم إن كانَ الغرضُ إثباتَه عند الشافعيِّ ومَنْ لا يُورثُ ذوي الأرحام ، كتبَ : الوارثَ المتفقَ عليهم بين

المذهبين[1] ، ويقول : لا يعلمُ شهودُ هذا الكتابِ لهذا المتوفى وارثاً سواهم ، ولا مستحقاً لتركتِه غيرَهم ، وهم من أهل الخبرةِ الباطنة بما شهدوا به ، ثم وضعوا خطوطَهم بذلك ، لما سئلوا عنه بتاريخ كذا وكذا .

٦٨١ ـ وإن كانَ الميتُ لم يُخلفْ إلا ذوي الأرحام ، وكان الغرضُ ثبوتُه عندَ من يقول به ، كتب : ولم يُخَلِّف من الورثةِ سوى عمتِه أو خالتِه أو كلتيهما ، أو جدةٍ لأمه ، أو بنتِ عمه ، ويذكرُ من وُجد منهم .

وإن كان الحاكمُ شافعياً ، وكان الميتُ لم يخلف غيرَ ذوي أرحامِ رَحِمِه الذين لا يَرثونه على مذهبه ، كتبَ : وأنّه ماتَ ولم يخَلِّف وارثاً من جهة النسبِ أصلاً ، سوى بيتِ مالِ المسلمين ، والشهودُ بذلك منْ أهل الخبرة الباطنة به ، ويتمُ بذكرِ التاريخ .

واعلم أنّا قد ذكرنا في فصلِ شهادةِ النفي أنَّها لا تُسمع إلا في شهادةِ الإفلاسِ ، وشهادةِ أنْ لا وارثَ له سوى فلانٍ وفلان مثلاً[2] .

٦٨٢ ـ وقد قالَ أصحابُنا : يجبُ أنْ يقولَ الشاهدُ بذلك في شهادته : أشهدُ أنَّ فلاناً ماتَ وخلَّفَ من الورثةِ كذا وكذا ، ولا أعلمُ له وارثاً سواه ، ولا يقل : أشهدُ أنه لا وارثَ له (سوى)[3] فلان وفلان ، فإنه لا يحيطُ بهذا النفيِ الجازم[4] شاهدٌ ، ثم يقول : وأنا أخبرُ بباطنِ حالِ الميت وورثته ، وإن

---

(١) اختلف الفقهاء في توريث ذوي الأرحام إذا لم يخلف الميت ذوي فرض ولا عصبة ، فذهب الإمام مالك والإمام الشافعي إلى أن بيت المال أولى من ذوي الأرحام ، وقال أبو حنيفة وأحمد : بل هم أحق ، (انظر : الإفصاح : ١ / ٣٠١ ، بداية المجتهد : ٢ / ٣٦٧ ، الميزان : ٢ / ١١٢ ، رحمة الأمة : ٢ / ٢٨ على هامش الميزان ، الأحوال الشخصية ، سباعي وصابوني : ٢ / ٥٣٢) .

(٢) فقرة ٤٩٥ وما بعدها ، وفقرة ٥٠١ وما بعدها .

(٣) في الأصل : سواه ، وهو غلط .

(٤) في الأصل : الجزم .

سكتَ عن ذلك سأله الحاكم عنه ، فلهذا كتبْنا في صورة المحضر : وهم من أهل الخبرة الباطنة ، وكتبنا قولَنا : لا يعلمونَ له وارثاً سواهم ، وقد استوفينا فقه ذلك في فصلِ شهادة النفي على ما سبق ذكره[1] .

[محضر بإفلاس] :

٦٨٣ ـ (وإن كان محضراً بإفلاسٍ)[2] كتبَ: شَهِدَ منْ أثبتَ شهادتَه آخرَ هذا الكتاب ، شهادةً هم بها عالمون ، ولها محققون ، [١٠٧ / ب] لا يشكُّون فيها ، ولا يَرتابون في شيءٍ منها ، وهمْ من أهل الخبرةِ الباطنةِ بما يشهدونَ به ، أنّهم يعرفونَ فلانَ بن فلان بن فلان ، ويذكر نسبه واسمه وما اشتهرَ به ، ثم يقول : معرفةً صحيحةً ، جامعاً اسماً وعيناً ونسباً ، وأنَّه فقيرٌ مُفْلسٌ مُعْدَمٌ ، لا يَعرفون له مالاً ولا عقاراً باطناً ، ولا ظاهراً ، مع خبرتهم بباطن أحواله في منقلبات أموره ، سفراً وحضراً ومعاملةً وصحبةً وعشرةً وجيرةً ، والذين يعلمون ذلك ويخبرونه خبرةً باطنةً ، وضعوا خطوطهم بذلك لما سئلوا عنه بتاريخ كذا .

واعلم أننا قد ذكرنا فيما تقدم كيفيةَ الشهادةِ بالوفاةِ وعدة الورثة ، وبالإفلاس تحملاً وأداءً ، وسبقَ استيفاءُ ذلك فليطلب مما تقدم[3] .

وإنما الغرض ههنا نقل أمثلة ذلك في الصكوك .

[محضر بعدالة] :

٦٨٤ ـ وإن كان محضراً بعدالةِ كتبَ صدرَ المحضرِ ، ومعرفةَ الشخصِ المزكي

---

(١) فقرة ٥٠١ وما بعدها .

(٢) ما بين القوسين من هامش الأصل .

(٣) فقرة ٤٩٥ وما بعدها ، وفقرة ٥٠١ وما بعدها .

باسمه وعينه ونسبه ، كما ذكرناه ، ثم يقول : وإنَّه عَدْلٌ لهم وعليهم ، يقبلون قوله في القليل والكثير ، لما خبروه من باطنِ أحوالـه سفراً وحضراً ، ومعاملةً بالدينار والدرهمِ ، والقليلِ والكثيرِ ، وعلموه من سيرتهِ الجميلة من حسن معاملته ، وملازمتِه ما افترضَ الله تعالى عليه ، واجتنابه ما حرمه الله عليه ، وحفظِ مروءته ، وتثبتِه وتيقظهِ في شهاداته ، واحترازه فيها تحملا وأداء ، ثم يختمُ المحضَرَ بالتاريخِ كما تقدم .

[محضر بملك عقار وغيره] :

٦٨٥ ـ وإنْ كان محضراً بملكِ عقارٍ أو حيوانٍ أو عرضٍ ، كتبَ صدر المحضَرَ كما تقدم من ذكرِ المشهود له باسمه وعينه ونسبه ، وما اشتهر به ، ثمَّ يقولُ : وإنّه مالكٌ حائزٌ مستحِق مستوجِبٌ لجميعِ الدارِ الفلانية ، ويذكرُ بلدها ومحلتها وحدودَها الأربعة ، ثم يقولُ : مِلكاً صحيحاً شرعياً ، وحيازَةً تامةً بيدٍ ثابتةٍ مستمرةٍ مستقرةٍ ، أو مالكٍ لجميعِ العبدِ المسمى كذا ، الذي جنسُه كذا ، ونوعُه كذا ، ومن حليته كذا ، أو لجميعِ الفرس الذي من حليته كذا وكذا ، أو لجميع الثوبِ المنسوجِ الذي من صفتِه كذا وكذا ذرعاً وطولاً وعرضاً ، ثم يقولُ : لا يعلمُ شهودُ هذا الكتابِ زوالَ ملكه عنه بوجه من الوجوه ، ولا بسببٍ من الأسبابِ ، ولا مخالفاً لشهادتهم هذه ، ثم يختم الكتابَ المحضرَ .

وإن كانَ الملكُ المشهود به لزيد هو بيد عمرو حالةَ يد ، غَصْباً ، ويشهدون به [١٠٨ / أ] زاد في المحضرِ : ويشهدونَ أنَّ هذا العقارَ أو الحيوانَ أو الثوبَ المشار إليه اغتصبَه فلانٌ عدواناً من هذا المالكِ المبدوء بذكره .

٦٨٦ ـ فإن كانَ مُستَندُ شهادتِهم بالغصبِ مشاهدَتهم لذلك ، أطلق ذلك ، وإنْ كانَ الغاصبُ أقرَ عندهم بالغصبِ ، كتب : أقرَ الغاصبُ عند شهودِ هذا

الكتـابِ بمـا شهـدوا بـه عليـه ، ووضعوا خطوطهم بـه لمـا سئلوا عنـه ، ثم يُتمم الكتـاب ، وعلى هـذا فقس مـا يتنوع من المحـاضر لتنوع المطلـوب من العقـودِ والفسوخِ والأقاريرِ بالأموالِ والأملاكِ والأنكحةِ والمخالعاتِ والقِصَاصِ والطلاقِ وغيرها .

[حد المحضر] :

٦٨٧ ـ واعلم أنَّ حدَّ المحضرِ في اصطلاحِ الشروطيين هو المكتوبُ الذي يبدأ فيه بعد البسملة بقولِ الكاتب : شهدَ من أثبتَ شهادتـه ، أو هـذا مـا شهـد بـه الشهودُ المسمَّون فيه ، أنَّهم يعرفون فلاناً ، وأنّـه بـاع أو اغتصبَ أو أقرَ بكـذا ، حتى لو كتبَ فيه بهذا اللفظ : شهدَ منْ أثبتَ شهـادتـه آخرَ هـذا الكتـابِ ، أو هذا ما شهد بـه الشهود المسمَّون آخر هـذا الكتـابِ ، أَنهم يعرفونَ القـاضي فلان ابن فلان ، الحاكمَ يومئذ بمدينة كذا ، أو الحاكمَ كان بمدينة كـذا ، وأنَّـه أشهـدَهم على نفسه في مجلس حكمه وقضائه ، أنَّـه ثبتَ عنـده كـذا ، وحكَمَ بـه ، أو ثبتَ عنده كذا من غيرِ حكمٍ ، فهذا عند الشروطيين يُسمونه محضراً بخلاف الإسجال .

[الإسجال] :

٦٨٨ ـ فإنه في اصطلاحِهم عبارة عما صورتُه بعد البسملة : هـذا مـا أشهـدَ عليه الحاكمُ فلانٌ ، الحاكمُ بمدينة كـذا ، أشهـدَ على نفسِـه مَنْ حضرَ مجلسَ حكمِـه وقضائه بها ، بتاريخ كذا وكـذا ، أنَّـه ثبتَ عنـدَه كـذا وكـذا ، وحكَمَ بـه ، أو يذكرُ إشهـادَه بـالثبوتِ فقـط ، وذلـك بشهـادةِ فلان وفلان ، أو يـذكرُ إقرارَ المقرِ عنـده بما أقر بـه ، أو إقرارَ المتبـايعين ، فهـذا عنــدهم إسجــالٌ ، وليس بمحضر :

٦٨٩ ـ وأمَّـا أَئمتنـا الشـافعيون فـإنهم قـالوا : المحضرُ هو صورةُ شرحِ المجلسِ

الجاري لدى الحاكم بين المتخاصمين ، وصورتُه أنْ يكتبَ : لما كان بتاريخ كذا وكذا ، حضرَ فلانٌ ، وادَّعى على فلان بكذا ، فأنكر ، فأحضر المدعي بينةً شهدت بكذا ، أو فأنكرَ ، وطلبَ المدعي (إحلاف المدعى)[1] عليهِ ، فعرضَ عليه الحاكمُ اليمين ، فبذلها ، فأحلفَهُ باللهِ سبحانه ، إنَّ المدعي لا يستحق قِبَلَه ما ذكرَ ، ولا شيئاً منه ، أو فَنَكل المدعى عليه عن اليمين ، وردها على المدعي .

والمقصودُ أن يذكرَ [١٠٨ / ب] في الكتابِ على هذه الصورة شرحَ ماجرى بينهما لدى الحاكمِ المذكورِ ، ويُعلِّمَ الحاكمُ عليه بعلامتِه ، ويُشهدَ على نفسه فيه . فهذا عند أئمتنا يسمى المحضر[2] .

٦٩٠ ـ والإسجالُ عندهم بذلك أنْ يكتبَ : هذا ما أشهدَ عليه الحاكمُ فلان ، أنَّه حضرَ عنده فلانُ بنُ فلان ، وأحضر معه (فلاناً)[3] ، فادعى عليه ، ويعيدُ مضمونَ المحضر المتضمنِ شرح ما جرى في مجلسِ حكمه بينهما ، ثم يقولُ : وإنَّ الحاكمَ حكمَ على المدعى عليه بكذا وكذا بسؤال من جازتِ مسألتُه مستوفياً شرطه ، ثم يُعلِّمُ الحاكمُ على هذا التسجيلِ بخطه ، ويُشهد عليه به ، فهذه صورة الإسجالِ عندهم ، وهي اصطلاحاتٌ في الأسامي مع تقاربها في المعنى .

وقد ذكرنا أمثلة في المحاضر ، ولنذكر الآن بعون الله تعالى مثالاً لإسجالٍ على حاكمٍ ، ومثالاً لشرح مجلسٍ جرى لديه على مصطلح شامنا ، يتخذُه الكاتبُ المترَسِمُ أنموذجاً لغيرِه ، إذا تنوعت القضايا ، وتقسمت الحكوماتُ .

---

(١) ما بين القوسين من هامش الأصل .

(٢) انظر جواهر العقود : ٢ / ٣٦٨ ، وسائل الإثبات : ٢ / ٤١٤ ، والمراجع المشار إليها ، الحاوي ، الماوردي : ١٢ ق ٦٥ / أ ، مخطوط .

(٣) في الأصل : فلان .

[صورة إسجال] :

٦٩١ ـ مثالُ إسجالِ الحاكمِ على نفسه بما ثبتَ عندَه وحكمَ به ، إذا ثبتَ عند الحاكمِ إقرارُ متبايعين ، ببيعٍ وشراءٍ وقبضٍ من الطرفين للثمن والمثمن ، وإقرارهما برؤية المبيع ، ومشاهدته ، حسبما جرت به العادةُ في كتبِ البياعات والابتياعات ، فإنْ كانَ الإسجالُ مكتوباً في ظاهرِ كتابِ الابتياع كتب بعد البسملة :

هذا ما أشهد عليه به سيدُنا القاضي الإمامُ ، ويذكرُ من ألقابه ونعوته ما جرت به عادتُه ، وهو اللائقُ به ، ثم يكتبُ : الحاكمُ يومئذ بمدينة كذا وسائر أعمالها ، وجندها وضواحيها ، وما هو مضاف إليها ، ومعدودٌ من جملة أعمالها ، كل ذلك بالولاية الصحيحة الشرعية المتصلةِ الأسباب ، بالمواقفِ الشريفةِ النبوية المستنصرة بالله تعالى ، الطاهرة الزكية ، ضاعفَ الله جلالها ، وأسبغَ ظلالَها ، مَنْ حضرَ مجلسَ حكمِه وقضائه ، النافذَ فيه حُكْمُهُ وإمضاؤه ، والجائزَ فيه قضاؤه من المعدلين عنده ، وذلك بتاريخ كذا وكذا ، أشهدهم على نفسِه الكريمةِ ، وهو يومئذ جائزُ القضايا ، نافذُ الأحكامِ ، أنَّه ثبتَ عنده ـ بمجلس حكمه المذكور بمحضر من خصمين مدعٍ ومدعى عليه ، جاز استماعُ الدعوى ، وقبولُ البينةِ من أحدهما على الآخر ، بشهادةِ فلان وفلان وفلان ، وهم عنده من المعدلين ، بكذا عرفهم ، فسمعَ شهادتَهم وقبلَها بما رأى معه قبولها ـ إقرارُ [١٠٩ / أ] المتبايعين المذكورين في باطنِ هذا الكتابِ ، وهما فلانُ بنُ فلانِ الفلاني ، وفلانُ بن فلانِ بن فلان الفلاني ، بجميع ما نُسِبَ إليهما فيه على الوجه المشروحِ في باطنِه ، ثبوتاً صحيحاً شرعاً .

٦٩٢ ـ ثمَّ إنْ أرادَ أنْ يزيدَ في هذا ذكرَ مضمونَ كتابِ الابتياع ، فهو

أولى ، فليقل : ومضمونُ ما نسبُ إليهما في باطنه هو أنَّ (فلاناً)[1] ، المقدَّمَ ذكرُه في باطنه ، باعَ من فلان ، المثنى بذكرِه في باطِنه ، وابتاع فلانٌ منه جميعَ ما ذَكَرَ البائعُ المسمى أنَّه ملكُه وبيدِه ، وذلك جميعُ المبيعِ المعينِ في باطنه ، المحدودِ فيه ، إنْ كانَ المبيع عقاراً مقسوماً مفروزاً منفرداً .

وإن كانَ حصةً مشاعةً قال : المحدودُ أصلُه في باطنِ هذا الكتاب ، وهو كذا وكذا من الموضع الفلاني ، بثمن جملتُه كذا وكذا ، وقبضَ البائعُ جميعَ الثمن المعين في باطنه من مال المشتري المسمى ، قبضاً صحيحاً شرعياً مُبرئاً ، وتسلَّمَ المشتري المبيعَ من البائع المشار إليه ، واعترفَ كلٌّ منهما برؤية ما منه هذا المبيع جميعه ، إن كان المبيعُ شيئاً مقسوماً .

وإنْ كان مشاعاً قال : اعترفا برؤيةِ ما منه هذا المبيع ومشاهدته والنظر إليه ، وأنَّهما تفرقا بعد الرِضا والقبول عن إلزامِ العقدِ وإبرامه ، وعن قبضٍ من الطرفين ، واعترفا بجميع ذلك ، بتاريخِ الكتابِ المشروحِ في باطنه ، وهو كذا وكذا .

٦٩٣ ـ وإنْ شاءَ المسجِّلُ أنْ يقتصرَ على ما ذكرناه أولاً من الحوالةِ على ما نُسِبَ إلى المتبايعين في باطنه من غيرِ ذكرِ مضمونه ، فهو كافٍ ، وبه جرت العادةُ في الأكثرِ ، طلباً للتخفيف ، وسلوكا للأسهل ، ثم يكتبُ بعدَ هذا كله : فلما ثبتَ ـ عندَ سيدنا القاضي الإمام فلانٍ ـ الدينُ المسمَّى ذلك ، وصحَّ لديه ثبوتاً صحيحاً شرعياً ماضياً ، سأله جائزُ المسألةِ ، أو سأله منْ جازت مسألتُه ، وسَوَّغَتِ الشريعةُ المطهرةُ إجابتَه الحكمَ على المتبايعين المسمَّيْن بموجب إقرارهما ، والقضاءَ عليهما بمقتضاه ، وإلزامَهما موجبَ إقرارهما فيه ، فأجاب المسألةَ ،

(١) في الأصل : فلان .

واستخارَ الله سبحانه وتعالى كثيراً ، وروَّى فيه فكرَه وخاطره ، وجعله هادياً ونصيراً ، وحكم على المتبايعين المذكورين في باطنِ هذا الكتابِ ، وموجَب [١٠٩ / ب] إقرارِهما ، وقضى عليهما بمقتضاه ، وبتَّ ذلك وأمضاه ، كلُّ ذلك بعد استيفاءِ شرطه ، وأشهدَ سيدُنا الحاكمُ المسمى ، أبقاه الله تعالى ، على نفسه الكريمة بجميع ما نُسبَ إليه في هذا الإسجال ، في التاريخ المذكور ، بخطه أعلاه ، مع إبقاء كلِ ذي حجةٍ على حجته .

٦٩٤ ـ وهذه الكلماتُ ، وهي قولُنا : مع إبقاءِ كل ذي حجة على حجته ، كلماتٌ حسنةٌ صحيحةٌ ، والأمرُ على وَفْقها ، وقد كانت عادةُ قدماءِ كتَّابِ الشامِ يكتبونها ، تُركت في عصرنا هذا ، ولا يَضيرُ تركُها ولا ذكرُها ، فإن كلَّ ذي حُجة فهو على حُجته الشرعية ، ما لم يدفعها معارضٌ شرعيٌ لها .

فهذا صورة إسجالٍ على حاكمٍ بثبوت إقرارِ مُتبايعين والحكمِ عليهما به .

٦٩٥ ـ فإنْ أثبت المشتري عندَ الحاكم أنَّ المبيعَ مِلكُ البائعِ وبيده ، حالةَ البيع ، وسأله الحاكم بصحةِ البيع (الجاري بينهما ، أجاب مسألته ، وحكم بصحةِ البيع)[1] بعدَ ثبوت أهليةِ المتبايعين في التصرف ، وكتبَ الكاتبُ الإسجالَ قبل ذكرِ الحكم على الإقرار ما صورته :

وثبت عند سيدنا الحاكمِ المذكور ـ بمحضرٍ من خصمين متداعيين بشهادة فلان وفلان ، وهما عنده من المعدلين بمدينة كذا ، عرفَهما فسمعَ شهادتَهما ، وقبلَها بما رأى معه قبولها ـ أنَّ البائعَ المسمى لم يَزَل مالكاً لهذا المبيعِ المعينِ ، في باطنه ، وبيده وتصرُّفِه إلى أنْ وقعَ عليه عقدُ التبايعِ المشارِ إليه ثبوتاً صحيحاً شرعياً .

---

(١) ما بين القوسين من هامش الأصل .

ثم سأله جائزُ المسألةِ الحكمَ على المتبايعين بموجبِ إقرارِهما ، والقضاءَ عليهما بمقتضاه ، والحكمَ بصحة هذا البيعِ في المبيعِ المذكور ، وإقرارِ يد المشتري عليه ، فأجابَ المسألةَ ، واستخار الله تعالى كثيراً ، وروّى فيه فكرَه وخاطرَه ، وجعله هادياً ونصيراً ، وحكمَ على المتبايعين المسمَّيْن في باطنهِ بموجب إقرارهما ، وقضى عليهما بمقتضاه ، وحكمَ بصحةِ البيع في المبيع المذكور في باطنِ هذا الكتابِ ، وأقرَّ يد المشتري عليه .

كلُّ ذلك بسؤالِ جائز المسألة ، مستوفياً شرطَه وسائرَ معتبراته ، وأشهدَ على نفسه الكريمة بما نُسِبَ إليه في هذا الكتابِ ، في التاريخِ المقدَّمِ ذكرهُ أعلاه .

هذا إنْ كانَ الإسجالُ مكتتباً في ظاهرِ كتاب الابتياع ، فكتابتهُ كما رسمناه ، ولن يخفى على الفقيه المتدرِّبِ تميقُ الألفاظ الحسنةِ ، ووضعِها في مواضِعها ، ويُرتبها أحسن ترتيب ، والذي ذكرناه ههنا انموذجٌ ومثال ، يَحتملُ الزيادةَ اللائقةَ به .

[كتابة إسجال منفرد] :

٦٩٦ - وإن كان الغرضُ (كتابةَ)[1] إسجال منفردٍ عن كتابِ منفردٍ ، [١١٠ / أ] عن كتابِ الابتياع ، فليكتبْ صدرَ الكتابِ ، كما ذكرناه ، إلى أن ينتهي إلى قولنا : إقرارُ المتبايعين المذكورين في باطنِ هذا الكتابِ ، فليكتب في هذا الإسجال : إقرارُ المتبايعين ، وهما فلانُ بنُ فلان بن فلان ، وفلانُ بن فلان بن فلان ، ويَرفع في أنسابهما وألقابهما وحليتهما ، وما يتميزان به ، ثمَّ

---

(١) في الأصل : كتبه .

يقولُ : وإشهادُهما على أنفسِهما بجميع ما نُسِبَ إليهما في كتابِ التبايع الذي نسخته :

« بسم الله الرحمن الرحيم »

ثم ينقلُ نسخةَ كتابِ الابتياعِ حَرْفاً بحرفٍ من أولها إلى آخرها ، فهو أبعدُ عن الخطأ ، وأنفى للتهمة ، ثم إذا نَجزَتْ ، كتب ثبوتاً صحيحاً شرعياً ، ثم يكتبُ سؤالَ الحكم على الإقرار ، كما ذكرناه .

٦٩٧ - وإنْ ثبتَ عنده مِلكُ البائعِ للمبيعِ وتصرفُهُ فيه ، كتب بعد نسخة الكتابِ ، وذكرِ اسم الشاهدين بالملك والتصرف واليد ،ثم يكتبُ سؤالَ الحكم على الإقرار ، ثم الحكمَ (عليه)[1] بالصحة ، ثمَّ إجابة الحاكمِ لسؤال السائل ، وأنه حكمَ على المتبايعين بموجبِ إقرارِهما ، وقضى عليهما بمقتضاه ، وحكم بصحة البيعِ في المبيعِ ، ويسوقُ الكلامُ ههنا ، حسبما ذكرناه في الإسجالِ المكتتب في ظاهرِ كتابِ الابتياع ، ولا خفاء فيه .

٦٩٨ - واعلم أنَّ الحكمَ بصحةِ البيعِ درجةٌ عاليةٌ ، هي منتهى غَرَضِ المشتري ، ولكن لا يجوزُ للحاكمِ أنْ يحكمَ بصحةِ البيعِ حتى يثْبُتَ عندَه مِلكُ البائعِ للمبيع حالةَ البيع ، وثبوتُ يده عليه حالةَ البيع ، فلو ثبتَ عندَ الحاكمِ موتُ فلان ، وأنَّه لم يَزَل مالكاً لجميعِ كذا ، ومتصرفاً فيه إلى أنْ مات ، وخلَّفَه لورثته ، وهم ابناهُ فلانٌ وفلان ، وأنَّ ذلك صارَ ملكاً للولدين المسمين ، فهذا صحيح .

فلو أنَّ أحدَ الولدين ، أوهما باعا هذا المخلف لهما عن والدهما بعد موت أبيهما بمدةٍ ، ولم يُعلم زوالُ مِلكهما بمزيلٍ ، ولا زوالُ يدهما ، فهل يسوغُ للحاكمِ

---

(١) في الأصل : على .

أنْ يحكُم بصحةِ البيع الواقعِ الآن ، بناءً على ثبوتِ الملكِ عنده من مدة سنة مثلاً ؟ مع إمكان زوالِ ملكها عن هذا المبيع في الباطن ، أو زوال يدهما برهن مثلا ؟ هذا عندي فيه نظرٌ ظاهرٌ ، والذي تلقيته من كلامِ الأصحاب وفهمتُه من فحواه أنّه يجوزُ الحكمُ بصحةِ البيعِ ، والحالةُ هذه ، إذا كان القاضي الحاكمُ بالملكِ متذكراً حكمَه ، عالماً به من حين وقع ، وإلى حالةِ هذا [١١٠ / ب] البيع .

والسببُ فيه أنَّه إذا كان المِلكُ قد ثبت للمُورِّث ثم للوارثِ ، واليدُ مقارِنَةٌ له ، شاهدةٌ به ، لكونِها مشاهدةً ، فالأصلُ استمرارُ ذلك إلى أنْ يُعلمَ مناقضُه ، ولم يَظْهَرْ ما يناقضُه إلى أنْ وقعَ عقدُ الابتياع عليه .

٦٩٩ ـ وبعد هذا ، في النفس من هذا بعدُ بقيةٌ ، لأنَّه لو جازَ البناءُ على الظاهرِ ، وحكَمَ بصحة البيع الآنَ بناء عليه ، لجاز الحكم بصحةِ البيع ، بناء على ظاهر اليدِ من غير ثبوتِ الملك عنده ، ولا قائلَ به ، لكن الفرقُ أنهُ متى ثبتَ الملكُ في زمن وجب إستدامتهُ إلى أن يظهرَ مزيلٌ له ، بخلافِ ما إذا تجردتِ اليدُ ، فإنَّه لم يثبت المِلك فيها لصاحبها في زمنٍ قط ، عند هذا الحاكم ، فلم يَجُز الحكمُ بصحةِ البيعِ بناءً عليها .

٧٠٠ ـ وأما ثبوتُ أهليةِ المتعاقدين المجهولين عندَ الحاكمِ ، فلابدَّ منها في الحكمِ بالصحة ، وإنْ علمَ الحاكمُ أهليتهما لشهرتهما ، أو بالبينةِ العادلةِ عندَه المتقدمةِ ، حكمَ بالصحة ، ولم يحتج إلى تجديدِ إثباتِ ذلك عنده .

٧٠١ ـ وهكذا الحكمُ في الحكمِ بصحةِ الهبةِ ، وبصحةِ الإجارةِ ، وبصحة الوقوفِ ، وبصحة الرهنِ ، وبصحةِ العاريةِ ، فإنَّه لا بدَّ من إثباتِ المِلك للمتصرف فيها .

٧٠٢ ـ وأما الإقرارُ فالحكمُ بصحته يتوقفُ على ثبوتِ اليـد فقـط للمقِر ، لا الملكِ ، فإنَّه يبطله ويناقضُه ، فإن انضافَ إلى ثبوتِ يدِ المقر ، حالة الإقرار ، ثبوتُ الملك للمقَر له ، جازَ الحكمُ بصحةِ الإقرارِ ، وبالملكِ للمقَر له

فهذا تمـام الكلامِ في صورة الإسجـال في البيعِ ، فيما إذا شهودُه شهـدوا على إقرارِ المتبايعين .

٧٠٣ ـ فأمَّا إنْ كانُوا حَضَرُوا عقـدَ التبـايع الجـاري بينهما ، فقـد ذكرنـا في فصلِ أداء الشهادة ، أن الشاهدَ يشهدُ بحضورِ العقدِ ، ولا يَشْهدُ على الإقرارِ[1] ، فإذا ثبت ذلك على هذا الوضع كتب في الإسجال : ثبتَ عنـد الحـاكمِ مـا نُسب إلى المتبايعين فيه ، وذكرَ الشاهدان أنَّهما حضرا في مجلسِ العقـد الجـاري بينهما ، وحكَمَ على المتبايعين بـذلـك ، أو بمـا نُسب إليهما في بـاطنـه ، ثم يتمُ الكلام كما ذكرنـاه ، وهكـذا يفعـل الكاتبُ في تسجيـل الهبـات والإقرارات والـوقـوف والحوالات والإجـارات وهي طريقٌ مَهْيَع ، لا يخفى على الفطن ، واستـدل بمـا ذكرناه على ما تركناه .

[مثال شرح مجلس حكم] :

٧٠٤ ـ مثال شرحِ مجلسٍ جرى عند حاكمٍ بين متداعيين [١١١ / أ] في دار تنازعا فيها :

« بسم الله الرحمن الرحيم »

لما كانَ بتاريخِ كذا وكذا ، حضرَ مجلسَ الحكِمِ العزيزِ بمدينةِ كـذا حرسهـا الله تعـالى ، وسـائرِ بلادِ المسلمين ، لـدى الحـاكمِ بهـا ـ يـومئـذ وبسـائر أعمـالهـا

(١) فقرة ٤١٦ .

وجنـدهـا وضواحيهـا ، ومـا يتصل بهـا ، ويعـدُّ من جملـةِ أعمـالهـا ، بـالولايـةِ الصحيحة الشرعية المتصلةِ الأسبابِ بالمواقف الشريفة النبويـة الطـاهرةِ الزكيـةِ المستنصرة بالله تعـالى ، ضـاعفَ الله جلالهـا ، وأسبغ ظلالهـا ـ سيـدنـا القـاضي الإمـام ، ويـذكر من ألقـابـه ونعوتـه مـا يليـقُ بـه ، ثم يقـولُ : متكلمٌ جـائـزٌ كلامُـه ، مسموعـةٌ دعواه على الـوضـع الشرعي عن فـلان بن فـلان بن فـلان ، وأحضر بحضوره (فلانَ)[1] بنَ فلان بن فلانٍ ، فادعى فلانٌ المبـدوء بـذكره ، على فلانٍ المثنى بـذكره ، أنَّ المتكلمَ عنـه فلانـاً[2] مـالـكٌ مستحِـقٌ لجميـعِ الـدارِ الفلانية ، التي بهذه المدينة ، بمحلة كذا ، من موضعِ كذا ، حدُّهما كـذا وكـذا ، ويـذكرُ حـدودَهـا الأربعـةَ ، ثم يقولُ : هي مِلـكُ المتكلِّمِ عنـه بجميعِ حقوقهـا وحـدودِهـا ، وأنَّ فلانـاً الحـاضِرَ مستـولٍ عليهـا غصبـاً وتعـديـاً ، والمتكلَّمُ عنـه يستحقُ إزالةَ يده عنها ، وتسليمها إليه ، وسأل الحاكـمَ سؤالَه عن ذلك ، فسـأل الحاكمُ المسمى ، أيَّده اللهُ تعالى ، المدعى عليه عن دعواه ، وأمره بالجواب عنها ، فأجابَ بإنكار جميع الدعوى ، وذكر أنَّ هذه الدارَ المشارَ إليها المحدودةَ ملكُـهُ ، وبيدهِ وتصرفـهِ ، وأنَّ المتكلَّمَ عنـه لا يستحقُ تسليمَهـا ، ولا تسليمَ شيء منهـا ، فطلبَ المدعي من الحاكمِ إحلافَ المدعى عليـه على ذلـك ، فعرض الحـاكمُ عليـه اليمينَ فبذلها ، فأحلفه بالله سبحانه إنَّ فلاناً المتكلَّم عنـه لا يستحقُ عليـه تسليمَ هذه الدارِ المشارِ إليها ، ولا تسليمَ شيء منها ، فحلف حسبما أحلفـه الحـاكمُ على ذلك اليمينَ الشرعية ، وتعوّض المجلس على ذلك .

٧٠٥ ـ فإنَّ هـذا شرحُ مـا جرى في التـاريخ المـذكور ، فهـذا مثـالُ شرحِ مجلسٍ جرى إلى ههنا ، فإنْ كانَ جرى بعدَه إقامةُ بينة قال :

---

(١) في الأصل : فلاناً .

(٢) في الأصل : فلان .

فأحضرَ المتكلِمُ شاهدين ، هما فلان وفلان ، شهدا لدى الحاكم بعدَ الاستشهاد الشرعي ، أنَّ جميعَ الدارِ المشار إليها ، المحدودةِ في هذا الكتابِ المدعى بها ، مِلكُ [١١١ / ب] المتَكلِّمِ عنه فلان ، فسمعَ الحاكمُ شهادةَ الشاهدين ، وقبلَها بما رأى معه قبولَها ، هذا إن كانا عدلين عنده .

٧٠٦ ـ وإنْ كان قد استزكاهما قالَ : فطلبَ الحاكمُ بعدَ أداء الشاهدين الشهادةَ مِنَ المدعي مَنْ يُعدِّلُهما عندَه ، أو من يزكيهما عنده ، لعدم معرفته بتعديلهما ، فأحضرَ المدعي أربعةً من الشهودِ المُعدلين عنده ، هم فلانٌ وفلانٌ وفلانٌ وفلانٌ ، ويذكرُ أسماءَهم ونعوتَهم ، ثم يقول : فزكى فلانٌ وفلانٌ فلاناً ، تزكيةً مطلقةً شرعيةً ، إنْ كانا زكياهُ عندَه مُطلقاً ، أو تزكيةً مقيدةً ، إنْ كانا قيدا تزكيته ، وزكى فلانٌ وفلان فلاناً تزكيةً مطلقة شرعية ، (إن أطلقا تزكيته)[1] ، أو مقيدةً إنْ قيداها ، ثم يقولُ : فسمعَ الحاكمُ شهادةَ الشهودِ بالتزكيةِ وقبلها بما رأى معه قبولها ، وسأل المدعى عليه هل عندَه معارضٌ لذلك ؟ أو دافعٌ له بطلبِ المدعي ؟ فاستمهلَ المدعى عليه الحاكمَ ثلاثاً لإحضارِ مُعارِضٍ ، فأمهلَه الحاكمُ ثلاثةَ أيامٍ متوالية ، أوَّلها تاريخُ هذا الكتابِ ، وآخرُها انقضاءُ المدة ، حين رأى جوازَ الإمهالِ في ذلك ثلاثةَ أيام شرعاً .

هذا شرح ما جرى بين المتداعيين في التاريخ المقدم ذكرهُ .

٧٠٧ ـ هذا تتمةُ شرحِ المجلس ، إنْ كان جملةُ ما وقع هذا ، فإنْ كان المدعى عليه أحضرَ بينةً شهدتْ لنفسه بالملك ، كتب فيه بعدما ذكرناه :

فسألَ الحاكمُ المدعى عليه ، هل عندَه معارِضٌ لما ثبتَ عنده للمتكلم عنه ، فأحضر المدعى عليه شاهدين ، هما فلان وفلان ، فشهدا بعد الاستشهاد

---

(١) ما بين القوسين من هامش الأصل .

الشرعي شهادة متفقةً لفظاً ومعنى ، أنَّ جميعَ الدار المحدودة المشار إليها ملك هذا المدعى عليه ، فسمع شهادتها ، وقبلها بما رأى معه قبولها ، إذ كانا عنده من المعدلين ، بمدينة كذا .

هذا إنْ كانا معدلين عنَده ، وإن لم يعرفْها بذلك ، وطلبَ استزكاءهما ، كتبَ كما ذكرناه في حق شاهدي المدعي بالتزكية .

٧٠٨ ـ هذا شرحُ ما جرى ، فإن زاد على ذلك المدعي فأحضرَ بينةً شهدت بأنَّ يدَ المدعى عليه على هذه الدارِ يدٌ عاديةٌ ، وأنَّه استولى عليها بطريقِ الغصب كتب : ثمّ بعد أنْ قامت للمدعى عليه بينةٌ بالملكِ له دفعت بينةَ المدعي ، وترجحت عليها بيده الحاضرة ، أحضرَ المدعي بينة ، شهدت أنَّ يدَ المدعى عليه على جميع هذه الدار غصبٌ وعدوانٌ ، والبينةُ هي فلانٌ وفلانٌ ، ثم يذكرُ عدالتَهما إن كانا معدلين عندَ [١١٢ / أ] الحاكمِ ، أو تزكيتَهما ، واسمَ مزكيهما ، إنْ لم يكن يعرفهُما بالعدالة ، فإذا طلبَ المدعي من الحاكم رفعَ يدِ المدعى عليه عن الدارِ ، وتسليمها إليه ، لتَرَجُّحِ بينةِ الخارجِ الذاكرة في شهادتِهما ، أنَّ يدَ المدعى عليه يدُ غصبٍ وعُدوان على الدار المشار إليها ، وأجابَه الحاكمُ إلى ذلك ، ورآه مذهبا ، (فإنَّه)[1] المذهبُ الصحيحُ عندنا ، وفيه خلافٌ سبق ذكرهُ في موضعه[2] ، وألزم المدعى عليه بإزالة يده عن الدارِ المشار إليها ، وتسليمها إلى المدعي ، فامتثل أمره ، وسلّم ذلك إلى المدعي بإذن الحاكم المذكور ، كتب بعد ما ذكرناه :

ثم أحضرَ المدعي بينةً ، هي فلانٌ وفلانٌ ، شهدا بعد الاستشهاد الشرعي شهادةً متفقةً لفظاً ومعنى ، أنَّ يدَ هذا المدعى عليه على هذه الدارِ المتنازع

---

(١) في الأصل : فإن ، فأضفت الضمير لصحة المعنى والسياق .

(٢) فقرة ٣٠٩ وما بعدها .

فيها يد عَادّية ، يدُ غصبٍ وعُدوانٍ ، فسمعَ الحـاكمُ شهـادتَهما ، وقبلهـا بما رأى معه قبولهـا بعـد ثبوت عـدالتهما عنـده ، هـذا إن عرفَ عـدالتهما ، وإنْ جهلهـا وطلبَ استزكاءهما ، وزكاهما عدلان ، أو أربعةُ عـدولٍ ، كتبَ ذلـك ، وكتب : فأمرَ الحاكمُ المدعى عليه تسليمَ الدارِ المشار إليها إلى المدعي ، بعدَ أنْ سـألـه عن معـارِض ، إن كانَ عنـدَه ، أو حجـةٍ دافعـةٍ يُحضرُهـا ، فلم يـأتِ بـدافـعٍ ولا معارضٍ ، هذا شرح ما جرى في التاريخ المقدم ذكرُه

فهـذا صـورةُ شرحِ مجلسٍ جرى بين متـداعيين في دارٍ تـداعيـاهـا ، ولنْ يَخْفى أمثالُ ذلك في التنازعِ والتداعي بـديونٍ أو أقـاريرَ بـأملاكٍ أو حوالاتٍ أو ضماناتٍ أو غير ذلك .

[صورة طلب الشفعة] :

٧٠٩ ـ مثالُ شرحِ مجلسٍ جرى لدى حاكمٍ بين متنـازعين في طلبِ شفعـةٍ ، وأخذِ الشقصِ المشفوعِ بها ، بالثمنِ الذي أخذَ به المشتري .

قد ذكرنا من أحكامِ الشفعة أنَّهـا لا تثبتُ إلا في عقـارٍ محتمِلٍ للقسمـةِ على الصحيح منَ المذهبِ ، وأنَّها على الفورِ على الصحيحِ من المذهبِ ، وأنَّهـا تبطلُ بجهالةِ الثمنِ على الصحيحِ من المذهب[1] .

فإذا حضرَ الشفيعُ لدى الحاكمِ وأحضرَ معه المشتري ، وادّعى عليه استحقاقه لأخـذِ الشقصِ الـذي ابتـاعـه ، وهـو كـذا من الأرض التي هي بمكان كـذا من مدينة كذا ، وحدُّها كذا وكذا ، من بائعها فلان بن فلان ، بثمن جملتُـه مـائـة درهم ، نقرةً ، [١١٢ / ب] حالةً ، قبضها البائعُ مِن هذا المشتري ، وأنّه حالـةَ علمه بذلك أشهد عليه أنه طالبٌ الشفعةَ في ذلك ، وأنَّه سعى في وقتـه إلى هـذا

---

(١) فقرة ٣٥٤ وما بعدها ، فقرة ٦٠٩ و ما بعدها ، وسيرد مزيد تفصيل لها فقرة ٨٧٩ .

المشتري ، وطلبَ منه تسليمَ هذا الشِقْص إليه بالشفعةِ ، وقبضِ الثمنِ ، وهو كذا وكذا درهما منه ، وحرّرَ دعواه بذلك على الوضع الشرعي ، وسألَ من الحاكم سؤالَه عن دعواه ، فسأله الحاكمُ عن دعواه ، فَيُنْظرُ في الجواب :

فإن أجاب بالاعترافِ بجميعِ دعواه سَلَّم الشفيعُ الثمنَ إلى المشتري وتسلَّم منه الشقصَ تسلّمَ مثلهِ ، وكتبَ الكاتبُ بصورةِ ما جرى شرح مجلس ، ولا يخفى تصويرُه .

وإن أنكرَ المدعى عليه شراءه للشِقْص ، فأقام الشفيعُ عليه بينةً به وبالثمن المعينِ ، كتبَ بذلك ، فإنْ اعترفَ بالشراء بالثمنِ المعينِ المعلوم ، وأنكر كونَ الشفيعِ مالكاً لشيء من الأرضِ المطلوب أخذُ المبيع منها ، وأحلفه الشفيعُ باللهِ ، إنه لا يعلمُ فيها ملكاً ، وحلف لذلك ، فأقامَ الشفيعُ بينةً على ملكِه لقدْر معلومٍ شهدتِ البينةُ به ، وأخذ الشقصَ بالشفعةِ ، وسلّم الثمنَ إلى المشتري ، كتبَ بذلك شرحَ مجلسٍ بصورةِ ما وَقع بينهما لدى الحاكم .

فإن قامت بينةُ المشتري على أنَّ شِراءَه الشقصَ كان بثمنٍ مجهولٍ ، هو صُبْرةٌ من الدراهم ، مجهولةُ القدرِ والعددِ والوزن ، أو فَصّ من الجوهر ، مجهولُ القيمة ، أو ما شابه هذا ، ورأى القاضي بطلان الشفعةِ بذلك ، فليس على المشتري إلا إحلافَه بالله تعالى ، إنَّه لا يعلمُ قدرَ الثمنِ الذي وقعَ عقدُ الابتياع عليه ، فإذا حلفَ على ذلك سقطتِ الشفعةُ ، وكتبَ بذلك شرحَ مجلس محكيٍّ فيه ما جرى .

٧١٠ ـ وإنْ كان الحاكمُ يرى رأيَ أبي العباس ابنِ سُرَيْج في أنَّ للشفيع أن يُخمّنَ في نفسه قدْراً ، يذكر أنَّه قدْرَ الثمنِ ، ويستحلفَ المشتري عليه ، فادعى بذلك على المشتري ، فأجابَ المشتري بأنَّه كانَ أكثرَ مما قدَّرهُ الشفيعُ ، فأحلفَه

على ذلك ، وحلفَ عليه ، ثم تَرقى الشفيعُ ، فادَّعى قدْراً زائداً على ما ذكره أولاً ، وأحلفَه عليه ، وهكذا إلى أن تنْتهيَ القضيةُ بينهما والتداعي إلى أنْ يَنْكلَ المشتري عن اليمين ، فيحلفُ البائع ، ويأخذ بما قدَّره آخِراً ، وحلفَ عليه ، أو يَنْقطعُ الشفيعُ عن دعواه زيادةً على ما سبقتِ به الدعاوي[1] ، فتنفصلُ الحكومةُ بينهما بحلفِ المشتري آخِراً ، وسكوتِ الشفيع عن تجديدِ دعوى أخرى ، [١١٣ / أ] فإذا رأى الحاكمُ جوازَ الدعوى بذلك شرعاً ، فمهما انتهى الأمرُ إليه ، وانقضتِ الخصومةُ عليه ، كتبَ كاتبهُ شرحَ ما جرى من أولِ الخصومةِ إلى آخرها .

٧١١ ـ فإن انتهى الأمرُ إلى حَلْفِ الشفيع على قدْرٍ عَيَّنه للثمنيةِ ، وحلفَ عليه بعد نكولِ المشتري عن اليمينِ عليه ، استحق أخذَ الشِقْص بالشفعةِ ، وَسَلَّمَ إلى المشتري الثمنَ الذي عيّنه ، وحلفَ عليه ، وكتبَ له بذلك .

وإن انتهى الأمرُ إلى أنَّ المشتريَ حلفَ على أنَّ الثمنَ كان أزيدَ مما انتهى تعيينُ البائعِ إليه ، ولم يدّعِ البائعُ زيادةً عليه ، سقطتِ الشفعةُ ، فيكتبُ الكاتبُ صورةَ ما جرى لدى الحاكمِ المتنازَعِ لديه ، ويرتِّبه على الوضعِ الصحيحِ الشرعي ، والرسمِ المعتادِ في مجالسِ الحكامِ ، وملاحظةِ الحاكمِ ملاحظةَ إمعانٍ ، ويقرأه قراءةَ إتقانٍ ، فإذا وجده صحيحاً ، جيدَ الترتيب ، عَرِياً عن لحنٍ ، علّمَ على أعلاه بعلامته المعتادةِ له ، المشهورة ، وكتبَ تاريخَه بخط نفسه ، في موضعٍ كان الكاتبُ قد تركه بياضاً لذلك ، ثم يَحْبسهُ الحاكمِ في آخر سطرٍ منه بخطه ، بقوله : وحسبنا الله ونعم الوكيل ، أو ما شابَه هذا ، حَذَراً من إلحاقِ شيءٍ به ، لم يَجْرِ عندَ الحاكمِ ، ثمَّ يُشهدُ الحاكمُ على نفسهِ بما نُسب إليه فيه ، وأنَّ الأمرَ جرى عنده على ما شرح فيه ، من حضره من المعدَلين عنده .

---

(١) انظر رأي ابن سريج صفحة ٣٤٧ فقرة ٣٦٢ .

فصل

في

ذكر أمثلة ما يصدرُ عن الحاكم من الكتب الحكمية وغيرها

[ثبوت الدين] :

٧١٢ ـ مثالُ مكاتبةٍ حكميةٍ صدرَتْ عنه بثبوتِ دينٍ يتخذها الكاتبُ أنموذجاً لغيرها .

ينبغي أنْ يتخذَ الكاتبُ للمكاتبةِ الحكمية مَدْرَجاً من الكاغدِ الجيد ، النقي اللون ، الظاهرِ الصقال ، ويُلصِقُه لِصاقاً متمكناً ، ويجعلهُ ذا عرضٍ متوسطٍ ، يُظهر به أُبهتَها ، وأبهةَ الصادرِ عنه ذلك ، والوارد عليه .

[صفات الكاتب] :

٧١٣ ـ وليكن الكاتبُ فقيهاً ثبْتاً فَهِماً عَدْلاً عاقلاً عفيفاً جيدَ الخط ، حسنَه ، عارفاً بطَرَفٍ صالح من الأدب ، يَصونهُ عن اللحْن ، ثم يكتبُ الكتابَ الحكميَّ بقلمٍ غليظٍ ، يُسمى في عرف الكتابة قلمَ الثُّلُثِ ، خطاً حسناً ، مرتباً محرراً بأسطرٍ مقومةٍ ، وكلماتٍ مبيَّنةٍ ، ويباعدُ بين الأسطر مباعدةً تليق به ، وليكتب ما صورته :

« بسم الله الرحمن الرحيم »

٧١٤ ـ هذا كتابي ، أطال اللهُ بقاءَ كلِ منْ يصل إليه من قضاةِ المسلمين وحكامهم ، [١١٣ / ب] وأدام تأييدَه وتَسديدَه ، وأجزلَ من أسنى عوارفه ،

حظَّه ومزيدَه ، وكَبت عدوَّه وحسودَه ، والسلامةَ في ظل الخدمة الشريفة المولوية النبوية العدانية الإمامية المستنصرة بالله تعالى ، الطاهرة الزكية ، ضاعف الله تعالى جلالها ، ومدَّ على طبقاتِ الخلائق ظِلالها شاملة ، ونِعَمُ الله عندي متكاملة ، والحمد لله على توالي أفضاله ، وصلاته على سيدنا محمد النبي وعلى صحبه وآله .

وسببُ تحريرِهِ وإنشاء مسطورِهِ أنَّه ثبتَ عندي - بمجلسِ الحكمِ العزيز ، بدينة كذا ، الذي أحكُمُ فيه ، للدولةِ القاهرةِ السلطانية الملكية الفلانية ، ثبّت الله قواعدَها وأطَّدها[1] ، ورفعَ مبانيها وشيّدها ، بالتوليةِ الصحيحةِ الشرعيةِ المتصلةِ الأسباب بالمواقف الشريفة الإمامية العباسية المستنصرةِ بالله تعالى ، الطاهرةِ الزكية ، حرسَ الله أيامَها ، وأيَّدها ، وأدامَ دولتها على الكافّة ، وخلَّدها ، بمحضرٍ من خصمين مُتداعيين ، جازَ تخاصُمهما لديّ ، واستماعُ الدعوى وقبولُ البينة ، من أحدهما على الآخر ، بشهادةِ فلان بن فلان بن فلان ، يذكر نعتَه واسمَه ، ويرفعُ في نسبه ، وما يُعرف به ، وفلان بن فلان بن فلان ، ويفعل به كذلك ، ثم يكتب : وهما عندي من المعدَلين بمدينة كذا حَرَسها الله تعالى ، عرفتُهما فسمعتُ شهادَتهما وقبلتُهما بما رأيتُ معه قبولها - إقرارُ[2] المقرِ للمدين المسمى في كتاب الدين المؤرخ بكذا وكذا ، وإشهادُه على نفسه بجميع ما نسب إليه فيه ونسخته . . ثم يفصلُ به سطرين ببياض يتسعُ لكتابة نسخة كتاب الإقرار بالدين ، بقلم النسخ الرقيق بأسطرٍ متلازِزة متقاربة ، فينقلُهُ حرفاً بحرف ، ويكونُ طولُ الأسطر التي لنسخةِ كتابِ الدين على ثلثي أسطر بقية الكتاب .

---

(١) أطدها : ثبتها ، أطد الله تعالى ملكه تأطيداً ثبته .

(٢) اللفظ فاعل لفعل ثبت في أول الكتاب الحكمي .

ثم يكتب بالقلمِ الغليظ الأولِ على مسافةِ الأسطر المتقدمةِ ووضعِها وترتيبها ما صورته حسبما تضمنه كتاب الإقرار بالدين المشارِ إليه ثبوتاً صحيحاً شرعياً : ولما جرَى الأمرُ عندي على شرحٍ في هذا الكتاب سألني جائزُ المسألةِ المكاتبةَ بذلك إلى سائرِ القضاة والحكام ، أحسنَ الله توفيقَهم وإياي ، فأجبتُ سؤالَه ، لجوازه له شرعاً ، وتقدمتُ بهذا الكتاب ، فكتبه ، وبإلصاقِ كتاب الإقرار بالدين المشار إليه آخره ، فألصقَ ، فمن وقفَ عليه منهم ، أيده الله تعالى ، وتأمله واعتمد في [١١٤ / أ] إنفاذه ، والعملِ بموجبه ، ما تقتضيه الشريعةُ المطهرةُ ، حازَ أجراً جزيلاً ، وثناءً طيباً جميلاً ، وفقنا الله تعالى لما يحبُّه ويرضاه بمنه وكرمه .

وكُتِبَ من مجلسِ الحكمِ العزيزِ بمدينةِ كذا ، بتاريخ كذا وكذا ، وحسبنا الله ونعم الوكيل .

٧١٥ ـ فهذا صورةُ الكتابِ الحكمي ، وينبغي للكاتبِ أنْ يُخلّي بياضاً بين أسطر آخر الكتاب ، أكثرَ من بقية ما بين الأسطر المتقدمة ، ليكتب الحاكمُ الصادرُ عنه هذه المكاتبةَ الحكميةَ بخطِ يده بينها ماصورته :

هذا كتابي ، صدرَ عني وبإذني ، إلى كل من يصلُ إليه من قضاةِ المسلمين وحكامهم ، أحسن الله توفيقهم أجمعين ، وجرى الأمرُ عندي على ما بُيِّنَ فيه وذُكِرَ ، فمنْ وصلَه منهم ، وأجراه على مقتضى الشرع ، حازَ إن شاء الله تعالى أجراً جزيلاً ، وثناءً جميلاً ، وفقنا الله تعالى وإياه لما يحبه ويرضاه ، بمنه وكرمه ، وهو مختومٌ بخاتمٍ ، يُفهم من قراءة نفسه كذا وكذا ، وحسبنا الله ونعم الوكيل .

٧١٦ ـ فهذه كلماتٌ يكتبُها الحاكمُ بخطهِ بين الأسطر الأواخر من الكتاب الحكمي بين كل سطرين مع أسطرِ الكتاب ، سطران بخط نفسه ، وقد تختلف

بعض الألفـاظ ، وتُستبـدل ببعضٍ ، بنـاءً على جَرْي العـادات ، واختـلافِ المواسمِ ، والغرضُ معرفةُ الطريقِ المنهوجِ ، ثم يُعلِّمُ الحاكمُ الصـادرُ عنـه الكتـابَ الحكميُّ على أعلاه ، على الجـانب الأيمن ، بعـلامتـهِ المعروفـة بـه ، ويُعَلِّمُ على أوصاله بعلامته أيضاً ، إما الأولى ، وإما علامة أخرى معروفة بـه ، ويُلصق في آخره كتابَ الإقرارِ بالدَّيْن المشار إليه ، ويعلّم الحاكمُ على وصلـهِ بما صورتـه : هذا هو كتابُ الإقرارِ بالدَّيْن المشارِ إليه ، ويُخيطُ الكاتبُ الكتابَ ويختمه بين يدي الحاكم بخاتمِ الحاكمِ ، أو يختمه الحاكمُ بنفسه .

٧١٧ ـ ويكتب الكاتبُ بخطه على ظاهرهِ موضعَ الختم ما صورته :

بسم الله ، وعليـه نتـوكل ، وبـه نستعين ، من الفقير إلى عفـو الله تعـالى ورحمته فلانِ بنِ فلان بن فلان ، الحاكمِ بمـدينـة كـذا وسـائرِ أعمـالها وجنـدهـا وضواحيها ، وما هو مضاف إليها ، بالولايةِ الصحيحةِ الشرعيةِ ، عفا الله تعـالى عنه ، إلى كل من يصل إليه من قضاةِ المسلمين وحكامهم ، أحسن الله توفيقه .

[كتابة مضمون الكتاب الحكمي] :

٧١٨ ـ ثم يكتبُ لهذا الكتابِ الحكمي مضموناً في مَدْرَج آخر ، مثـالـه بعـد البسملـة : مضمـونُ [١١٤ / ب] الكتـابِ الحكمي الصـادر عن (مُصـدرِه)[(١)] القاضي فلانٍ ، ويذكرُ من نعوتِـه وألقـابـه مـا هو لائقٌ بـه ، ثم يقولُ : الحـاكمِ يومئذ بمدينة كذا وسائر أعمالها وجندها وضواحيها ، بالولايةِ الصحيحةِ المتصلـة الأسباب ، بالمواقفِ الشريفة النبوية الإمامية العبـاسيـة (الطـاهرة)[(٢)] الزكيـة المستنصرة بالله تعالى ، ضاعفَ الله جلالَهـا ، وأسبغَ ظِلالهـا ، أنَّـه ثبتَ عنـده ـ بمجلسِ الحكمِ المـذكـورِ بمحضرٍ من خصمين مـدعٍ ومَـدعى عليــه ، جَـازَ استماعُ

---

(١) اللفظ من هامش الأصل .

(٢) في الأصل : الطاهرية .

الدعوى ، وقبول البينة من أحدهما على الآخر ، بشهادةِ فلان وفلان ، وهما عندَه من المعدَّلين ، بمدينةِ كذا ، عرفَهما فسمعَ شهادتَهما ، وقبلَها بما رأى معه قبولها - إقرارُ المُقِرِ المدين المسمى في كتاب الإقرار بالدين ، المُلصق أولُه بآخر الكتاب الحكمي الذي هذا مضمَونه بجميع ما نسب إليه فيه ، ونسخة كتاب الإقرار المشار إليه :

« بسم الله الرحمن الرحيم »

ثم يكتبُ الكاتبُ نسخة كتابِ الإقرارِ المشارِ إليه حرفاً بحرف ، ثم يكتب ثبوتاً صحيحاً شرعياً ، وتاريخَ الكتابِ الحكمي ، الذي هذا مضمونه ، كذا وكذا ، ومثالُ العلامةِ على أعلاه كذا وكذا ، ومثالُ العلامةِ على أوصاله التي عددُها كذا وكذا ، كذا وكذا ، والجميعُ تحتَ ختمه الذي يُفهم من قراءةِ نفسه كذا وكذا ، وعددُ أسطره بالبسملة والحمدلة كذا وكذا أسطراً ، والحمد لله رب العالمين ، ثم يُعَلِّمُ الحاكمُ على أعلاه بعلامته ، ويحبسهُ في آخرِه بعلامةٍ أخرى .

٧١٩ - والمقصودُ أنَّ هذا المضمونِ مُضمنٌ شرحَ ما كتُب في الكتابِ الحكمي من شرحِ تداعي المتداعيين ، وإقامةِ البينةِ المذكورةِ في الكتابِ الحكمي ، واسمِ المدين ، وربِّ الدين ، وقدرِه ، ونقلِ ذلك من نسخة الأصلِ حرفاً بحرف ، نفياً للتهمة وسلوكاً لأضبط الطرق وأحوطِها .

٧٢٠ - ومنَ الناسِ من يكتبُ في هذا الكتابِ الحكمي مضمونَ كتابِ الدين ، ولا يتكلفُ نقلَ نسخته حرفاً بحرفاً ، ومنهم من يكتبُ نسختَه في الكتابِ الحكمي حرفاً بحرف ، ويُسقِطُ هذه الكلفةَ في كتابِ مضمونه ، ويقتصرُ على ذكر المضمونِ فقط ، ونقلُ الكتاب حرفاً بحرف ، في كتابيّ الكتاب الحكمي وفي مضمونه أولى .

فهذه أمثلةُ كتاب حكمي تضمنَ ثبوت إقرارٍ بدينٍ ، ومثالُ مضمونـه ، فـإنْ كان الثـابت لـدى الحـاكم إقراراً بعبـدٍ أو حيـوان أو بكفـالـة أو حـوالـةٍ أو [١١٥ / أ] نكاحٍ أو صداقٍ أو غير ذلك من الحقوق التي يجوز نقلها بالمكاتبات الحكمية ، كتبها الكاتب على النمط الذي ذكرنـاه ، ولن يخفى ذلـك على الفطن الفقيه

مثال فصل

[في]

ورود مكاتبة حكمية من القاضي الكاتب إلى القاضي المكتوب إليه

٧٢١ ـ إذا وردت على حاكمٍ مكاتبةٌ حكميةٌ من حاكمٍ كتبها إليه ، وشهدَ على القاضي الكاتبِ شاهـدا عـدلٍ عنـدَ الحـاكمِ المكتوبِ إليـه ، وصحَّ ذلـك لـديـه ، وقبلَها قبولَ أمثالهِ ، كتبَ الكاتبُ في ظاهرِ المكاتبةِ الحكميةِ ، مـا صورتـه بعـد البسملة :

هذا ما أشهدَ عليه الحاكمُ فلان ، ويـذكرُ من أسمائـه وألقـابـه وولايتـه مـا يليـق بـه ، ثم يكتبُ : أشهـدَ على نفسـه مَنْ حضرَ مجلسَ حكمـهِ من المعـدلين عَدلين ، أنَّه وردَ عليه هذا الكتابُ الحكمي الصادرُ عن مُصـدِره ، المسمى فيـه ، القاضي فلانٍ ، الحاكمِ بمدينة كذا ، وذلك بمحضرٍ من خصمين مُتـداعيين ، وروداً مسكوناً إليه ، موثوقـاً بـه ، وفضَّ ختمَـه بسؤالِ موردِه ووقفَ عليـه ، وعلى مـا هو متصلٌ به ، فألفاه للحقِ مطابقاً ، وللشريعةِ موافقـاً ، وقبلَـه قبولَ أمثـالـهِ من الكتبِ الحكميـة ، بعـد أن شهـد عنـده ـ بصحـةِ وروده من جهـة مصـدرهِ المسمى ـ شاهـدان ، همـا فلان وفلان ، وهمـا عنـد هـذا الحـاكمِ المكتوب إليـه ، الواردِ عليه ، من المعدَلين ، عرفهما فسمع شهادتهما ، وقبلها بما رأى معه قبولهـا ،

وأشهدَ على نفسه بما نُسب إليه في هذا الإسجال ، في تاريخ وروده وفضه ، وهو كذا وكذا .

٧٢٢ ـ وإن كان شهودُ الكتابِ لَيسا بمعدَلين عند الحاكمِ المكتوب إليه ، كتب فيه أنَّه زكاهما من المعدِّلين عنده فلان وفلان وفلان ، ويكتبُ ما جرت العادةُ به في ذلك ، وإنْ شاءَ أن يختصرَ ذلك كله فليكتب بعد البسملة :

وردَ هذا الكتابُ الحكميُّ الصادرُ عن مصدرهِ المسمى فيه على الحاكم فلان ، الحاكمِ بمدينة كذا ، ثم يسوقُ ما ذكرناه أولاً ههنا ، وكلٌّ جائزٌ معهودٌ .

٧٢٣ ـ واعلم أنَّ الكتابَ الحكميَّ يجوزُ أنْ يكتبَه القاضي الكاتبُ مُطلقاً إلى كل من يَصِلُ إليه من قضاةِ المسلمين وحكامهم ، ولا يعينُ فيه أحداً من الحكام ، ولا يسميه فيه ، وهذا جائز عند الشافعي رضي الله عنه ، مقبولٌ [١١٥ / ب] عنده ، بلا خلاف ، وعليه عملُ الحكامِ في الأمصار[١] .

٧٢٤ ـ وقال أبو حنيفة رضي الله عنه : لا يُقبلُ الكتابُ الحكمي إلا إذا قال القاضي فيه : هذا كتابي إلى الحاكمِ فلان ، (ويُسمي حاكماً من حكامِ البلدان ، أو يكتبُ : هذا كتابي إلى القاضي فلانٍ)[٢] ، ويسميه ، وإلى كل من يصل إليه من قضاةِ المسلمين وحكامهم ، فيُقْبَلُ عند أبي حنيفة في هاتين الصورتين ، وعندنا يقبلُ في الكلّ[٣] .

٧٢٥ ـ ومن القضاةِ الحنفية يومئذٍ من يَقبلُ الكتابَ المطلقَ ويعملُ به ، إما تقليداً للشافعيّ ، لأنَّ عندَه يجوزُ تقليدُ الحاكمِ غيرَه ، بل عنده يجوزُ توليةُ

---

(١) انظر : الروضة : ١١ / ١٨١ ، ومر تفصيل هذا الموضوع فقرة ٥٦٦ وما بعدها

(٢) ما بين القوسين من هامش الأصل ، وبعدها : صح .

(٣) سبق الإشارة إلى هذا الخلاف فقرة ٥٦٦ صفحة ٤٧٤ .

القاضي العامي المقلّد الذي لا يَعرف شيئاً من العلم[1] ، أو تقليداً لبعضِ أصحاب أبي حنيفة الموافقين للشافعي في ذلك ، إنْ كان ذهبَ إليه منهم ذاهبٌ .

٧٢٦ ـ والأولى **عندنا** في هذا أنَّ القاضيَ الكاتبَ إنْ كان حنفياً ، والحقُ المكتوبُ به إلى بلدٍ ، حاكمُه حنفيٌ ، فينبغي أنْ يسميَ الكاتبُ المكتوبَ إليه ، كما تقتضيه قاعدةُ مذهبه ، أمَّا إنْ كانَ القاضي الكاتبُ شافعياً ، والمكتوبُ إليه شافعياً ، فالأولى إطلاقه أو تقيدُه ؟ فيه خلافٌ مأخوذ من أصولٍ لنا تضاهي هذا ، وهي مختلَفٌ فيها بين أصحابنا .

وإن كانَ الكاتب شافعياً ، والمكتوبُ إليه حنفياً ، فالأولى تقييدُه ، والتصريحُ باسمه .

وإنْ كانَ الكاتبُ حنفياً ، والمكتوبُ إليه شافعياً ، فقياسُ مذهبه التصريحُ باسم المكتوب إليه ، لأنَّ عندَه لا يجوزُ قبولُ الكتاب الحكمي المطلق ، ولا العملُ به ، فلا ينبغي أن يصدرَ عنه ما يعلمُ أنه غيرُ قائل به .

وهذه أمثلة حسنةٌ ، ومباحث لطيفةٌ ، قلّ مَنْ تفطَّنَ لها من العلماء ، وصنفها ، وبالله تعالى المستعان .

[كتاب بيع مرهون] :

٧٢٧ ـ مثال كتاب بيع مرهون في وفاء دينٍ ، كان المرهونُ رهناً به .

إذا ثبت دينٌ على ميتٍ لصاحبِ دين ، وبالدِين رهنُ عقارٍ مثلاً ، ثبتَ

---

(١) يقول المرغيناني : فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله . . . ولنا أنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره ، وقال الحصكفي : فصح تولية العامي . . . ويحكم بفتوى غيره ، (انظر القدير : ٥ / ٤٥٦ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥ / ٣٦٥ ، بدائع الصنائع : ٩ / ٤٠٧٩) .

عندَ الحاكمِ إقرارُ الميتِ الراهنِ المدينِ بـه بطريقـه الشرعي ، وحكَمَ لـه على المقرِّ بذلك بعد إحلافه اليمين الشرعية المعتبرة في الحكمِ على الميتِ شَرْعـاً ، وطلبَ من الحـاكمِ بيـعَ المرهـونِ في وفـاء الـدين ، وعَرَضَ الحـاكمُ ذلـك على البـالغين من الورثةِ ، وعلى الناظرِ في مالِ الأطفالِ منهم ، وخيّرهم بين الوفـاء من أموالِهم ، وافتـداء المرهون ، وبين بيعـه ، إن لم يرغبوا في فـدائِـه ، ولم يكنْ للميتِ مـالٌ عتيدٌ حاضرٌ يوفَّي منه الدينُ ، وانحصرتْ جهةُ وفاء الدين من هـذا المرهونِ[1] ، وثبتَ عندَ الحاكمِ [١١٦ / أ] أن المرهونَ ملكُ الراهن ، وأنّـه كانَ بيـدهِ حـالـةَ رهنـه وإقبـاضِـه من المرتهنِ المـذكور ، فـإذا أجـابَ الحـاكمُ سؤالَ المرتهنِ ، وأمرَ بالنداء على المرهون وإشهارِه أياماً متوالية على ذوي الرغبات ، وانتهتِ الدفيعةُ فيـه من الراغب في شرائِـه إلى ألفِ درهم مثـلاً ، احتـاطَ الحـاكمُ ، ونـدبَ إلى تقويمه شاهديْ عَدْل من أهلِ الخبرة به ، وأمرهما بالوقوفِ عليـه ومشاهـدتـه ، جملةً وتفصيلاً .

فإذا شهدَ المقوِّمان عندَه ، بعد الاستشهـاد الشرعي ، أنَّ قيمـةَ المرهونِ ألفُ درهم ، القيمةَ العادلة ، وسمعَ شهادتها بذلك ، ثم عرّف الورثةَ البالغين بمـا جرى عندَه من ذلك ، والناظرَ في مال الأصاغر منهم .

فـإنْ رَغِبوا في فـكّ المرهونِ بـأمـوالهم فلَهُم ذلـك ، وإنْ اتفقـوا على بيـعِ المرهونِ بـأنفسهم من غير أنْ يتولى الحـاكمُ ذلـك ، وزَهِـدُوا بـأجمعهم في المرهونِ ورغبوا عنه ، وامتنعوا من مباشرتهم البيعَ بـأنفسهم ، نصبَ الحـاكمُ أمينـاً ، رأى المرهونَ وشاهـدَه ، وبـاعَ ممن رغبَ في شرائـه ، وزادَ على من سواه ، جزءاً من المرهون بقدر الدين ، إن أمكن ذلك .

---

(١) في الأصل : من غير هذا المرهون ، بإضافة غير ، وهو خطأ وزيادة في النقل .

وإن كان ثمنُ جميعِ المرهونِ بقدرِ الدين باع جميعه به ، وإن لم يرغب المرتهنُ ولا غيره في شراء بعض المرهون بقدرِ الدين ، بيعَ كلُّ الموهون بقدر الدَّيْن ، وبما يزيدُ عليه ، ووفّى من ثمنه قدْرَ الدين ، ودفع الباقي إلى الورثةِ ، هكذا ذكره الماورديُّ في مواضعَ كثيرةٍ .

[صورة كتاب بيع الرهن] :

٧٢٨ ـ فإذا باع الحاكمُ جميعَ المرهون في وفاء الدَّين ، وكانَ قدرُ ثمنه بقدرِ الدَّيْن ، كتب الكاتب :

« بسم الله الرحمن الرحيم »

هذا ما اشترى فلانُ بنُ فلان بن فلان ، من فلانٍ الذي نصبه سيدنا الحاكمُ فلانُ الحاكمُ بمدينة كذا وسائرِ أعمالها وجندها وضواحيها ، بالولاية الصحيحة الشرعية المتعلقةِ الأسبابِ بالمواقف الشريفة النبوية المستنصرة بالله تعالى ، الطاهرةِ الزكية ، ضاعفَ اللهُ جلالَها ، وأسبغَ ظلالَها ـ أميناً بائعاً على المدين المتوفى يومئذ ، فلان بن فلان بن فلان ، في وفاء ما ثبتَ عليه من الدَّيْن ، الذي جملتهُ ألفُ درهم فضة ناصرية ، لهذا المرتهن المذكور ، بعد أنْ ثبتَ ـ عندَ سيدنا الحاكم المسمى بمحضر من خصمين متداعيين ، جازَ تخاصمُهما ، واستماعُ الدعوى ، وقبولُ [١١٦ / ب] البينةِ منْ أحدهما على الآخر ، بشهادةِ فلان وفلان وفلان ، وهم عندَه من المعدَّلين بمدينة كذا ، عرفَهم فسمعَ شهادتَهم بذلك ، وقبلَها بما رأى معه قبولَها ـ إقرارُ المدين المتوفى المبيع عليه ، فلانِ بن فلان المذكور ، وإشهاده على نفسه طائعاً ، أنَّ عليه وفي ذمته لربِّ الدَّيْن المقدَّم ذِكرهُ ، فلانِ بن فلان ، منَ الدراهمِ الفضةِ الناصرية ، ألف درهم ، وأحد نصفِها خمسمائة درهم ، ديناً له عليه ، ثابتاً لازماً ، وحقاً واجباً مؤجلاً ، يحلُّ عليه جملةً واحدةً في كذا وكذا ، وأقرَّ بالملاءَة بذلك كله ، والقُدْرَةِ عليه ، وأنَّه

رَهَن على ذلك ، وعلى كل جزءٍ منه ، جميعَ الدار التي بمدينة كذا من محلةِ كذا ، حدُّها كذا وكذا ، بجميعِ حقوقها كلّها ، وحدودِها ورسومِها وسفلِها وعلوِّها وحجرِها ومَدَرِها وطرقِها ومواقِعها وما هو منسوبٌ إليها ، ومعروفٌ بها ، داخلَ الحدودِ وخارجَها ، رهناً صحيحاً شرعياً مَرْئياً مشاهداً مقبوضاً ، قبضه المرتهنُ المسمى بإذن الراهن المذكور ، قبضاً صحيحاً شرعياً ، لا فكاكَ له ، ولا لشيءٍ منه إلا بأداء جميعِ الجملةِ المعينة ، وأشهدَ على نفسه طائعاً بتاريخ كذا وكذا ، اشترى المشتري المذكور من الأمينِ البائعِ المسمى بإذن الحاكمِ المذكور ، وباع منه جميعَ الدار المحدودة المذكورة في هذا الكتاب ، بجميع حقوقها كلها ، وحدودها ورسومها ، وسفلها وعلوها ، وحجرها ومدرها ، وطرقها ومرافقها ، ومجاري مياهها ، وبكل حقٍ من قليل أو كثيرٍ هو لذلك ، ومعروف به ، ومنسوب إليه ، داخلَ الحدود وخارجها ، من حقوقِها الواجبة لها ، شراءً صحيحاً شرعياً ، وبَيْعاً صحيحاً شرعياً ، قاطعاً ماضياً ، عَرِياً عنْ كل مُفْسِدٍ ومُبْطِل ، جامعاً لجميع شروطِه ومعتبراته المعتبرةِ فيه شرعاً ، بثمنٍ جملتُه - من الدراهم الفضة النقرة الخالية من الغش الوازنة بالصنجة المتعامل بها يومئذ بمدينة كذا - ألفُ درهم ، نصفُها خمُسمائة درهم ، سلّم المشتري المذكورُ بإذن الحاكمِ المُسمى جميعَ الثمن المعين بتمامه وكماله إلى الأمين البائع المسمى ، فتسلَّم منه بإذنِ الحاكمِ المذكورِ تسلماً صحيحاً شرعياً ، برئت به ذمةُ المشتري المذكور براءةً صحيحةً شرعيةً ، براءةَ قبضٍ واستيفاءٍ لجميع ذلك ، وسلَّم البائعُ الأمينُ المذكورُ جميعَ البيعِ المعينِ في هذا الكتاب ، لجميع [١١٧ / أ] حقوقِه وحدودِه ورسومِه وأبنيته وآلاته ، فتسلَّمه المشتري المذكورُ منه بإذن الحاكم المسمى تسلُّماً صحيحاً شرعياً ، كما تتسلم أمثاله ، وصارَ جميعُ المبيعِ المشارِ إليه ، بجميع حقوقِه وحدوده وآلاته وأبنيته ورسومِه ، مِلكاً لهذا المشتري المذكورِ في هذا الكتاب له وحقه ، ملكاً من جُملة أملاكه ، وحقاً من جملة حقوقه ، وواجباً من

واجباتـه ، وبيـده وتحت تصرفـه واستيلائِـه ، يتصرف فيـه وفي كل جزء منـه تصرفَ المـالكين الحـائـزين المستحقين المستـوجبين في أملاكهم ، بغير مـانـع ولا منـازع ولا معـارض ، دونَ البـائعِ المسمى ، ودون المبيـع عليـه المـذكـور ، ودون سائر الناس أجمعين .

٧٢٩ ـ ثم بعدَ أن جرى الأمر على ما ذُكر في هذا الكتاب ، وقبضَ الأمينُ البائعُ المسمى فيـه من المشتري المـذكور فيـه ، بـإذن الحـاكم المسمى ، جميعَ الثمنِ الذي قبضَه (المقِرّ منـه ، بـإذن الحـاكم المسمى ، للقـابض البـائع في صرف جميع الثمن)[1] ، وتسليمـه إلى رب الـدين المرتهن المسمى في هـذا الكتـاب ، وفـاءً عن دينه المعين فيه ، الذي بيع في وفائه هذا المبيعُ المذكورُ ، بعـد أن سـألـه جـائز المسألة الإذنَ له في ذلك ، فـامتثل الأمينُ البـائعُ القـابضُ المـذكورُ إذنَ الحـاكم المسمى ، وسلَّم جميعَ الثمن المعين المشار إليه بتمامـه وكمالـه وافيـاً وازنـاً إلى المرتهن ربِّ الدين المذكورِ في هذا الكتاب ، وفاءً عن دينه الثابت المحكوم به ، المشـارِ إليه ، فتسلَّمه ربُ الدين المذكور منه ، وقبضَه بتمامه وكماله وافياً وازنـاً ، تسلمـاً صحيحاً شرعياً ، وقبضاً صحيحـاً شرعيـاً ، برئت بـه ذمـة المـدين الراهن المبيع عليـه المـذكـور ، براءة صحيحـة شرعيـة ، براءة قبض واستيفـاء لجميع ذلـك ، وخلت به يدُ الأمين البائعِ القابض له ، خلواً صحيحاً شرعياً .

٧٣٠ ـ وهذا التبايعُ المشارُ إليه جرى بين المتبايعين المـذكورين ، بعـد أن نظرا إلى هذا المبيعِ وعايناه وشاهداه وخبراه ، وعلماه جملة وتفصيلاً ، علماً نفى به عنهما غررَ الجهالـة ، وأُلزمـا عقـد البيع فيـه ، وأبرمـاه ، وافترقـا عن تراض منهما ، وعن إلزام العقد وإبرامـه بـإذن الحـاكم المسمى ، أيـده الله تعـالى ، وعن

---

(١) ما بين القوسين من هامش الأصل ، وبعدها : صح .

قبضٍ من الطرفين بإذنه ، وأشهد المتبايعان وربُّ الدين القابضُ بما نسب إليهم فيه ، بتاريخ كذا وكذا .

وهذا البيع [١١٧ / ب] جرى بإذن سيِّدنا الحاكمِ المذكورِ ، أيَّده الله تعالى ، بعد أن أمر بالنِّداء عليه ، وإشهاره على ذَوي الرغباتِ ، أياماً متواليةً ، وإنَّ أقصى ما دُفع فيه ، وانتهت إليه رغباتُ الراغبين في شرائه ، هذا الثمنُ المشارُ إليه من المشتري المذكور[1] ، ثم ندَبَ إلى تقويمهِ شاهدَين خبيرين بقيمةِ الأملاك ، مقبولي القول عنده ، في مثل ذلك ، فوَقَفا على ذلك كله ، وعايناه وشاهداه وعلماه جملةً وتفصيلاً ، وشهدا لدى الحاكم المسمى بعد الاستشهاد الشرعي أن قدْرَ الثمن المعين هو ثمن المثل ، وقيمةٌ عادلةٌ للمبيع المعين ، لا غبْنَ فيه ، ولا حيف ولا شطط ، فسمع الحاكم شهادتها بذلك ، وقبلها ، وصح الإشهاد عنده ، على ما فصّل وثبت عنده ، أنه وقع على الوضع الشرعي ، ثم وقع بناء الإذن في البيع على ما ذكر ، فبيع وجرى العقد بين المتبايعين ، والقبض من الطرفين ، حسبما فصل وشرح .

فأشهد سيدنا الحاكم المسمى على نفسه الكريمة ، بما نسب إليه في الكتاب ، وأشهد المتبايعان والقابضُ على أنفسهم بما نسب إليهم فيه ، وذلك في التاريخ المقدَّم ذكره ، فهذه (صورة)[2] اقتضاء الدين المرهون إذا بيع به .

٧٣١ ـ الصورة الثانية ـ أن يكتب متبدئاً مصدراً الكتاب بما صورته :

لما ثبتَ عند سيدنا الحاكم فلانٍ ، ويذكر ألقابه واسمه ونسبه وبلده وولايته ، ثم يكتب بمحضر من خصمين متداعيين بشهادة فلان وفلانٍ ، ويذكرُ الدَّيْن وربه والمدين وإقراره مضمون الحجة أو نسختها ، حرفاً بحرف ، فهو

---

(١) انظر الفصل التاسع في « القيمة والشهادة بها » صفحة ٤٥٥ .

(٢) في الأصل : سورة .

أولى وأثبت ، فإذا فرغ من ذكرها ذكر الحكم على المقر الميت أو الغائب بعد إحلاف المقَرّ له اليمين الشرعية .

فإذا فرغ من ذلك كتب : سأله جائزُ المسألة بيع المرهون في وفاء الدين ، فطلبَ منه بينةً تشهدُ بملك الراهن الرهن ، وثبوت يده عليه حالته ، فأحضر بينةً هي فلانٌ وفلانٌ ، فشهدا بذلك ، ويذكرُ هذا ، ثم يقول :

فعرض الحاكمُ المسمى ، أيده الله تعالى ، هذا المرهون وبيعه على الورثة ، ويذكر ما تقدم ذكره في الصورة الأولى من رغبتهم عنه ، وزُهْدِهِم فيه ، ورضاهم ببيعه ، وعدم إيثارهم لبقائه مِلكاً لهم ، ووفائهم الدين من خالص أموالهم ، ثم [١١٨ / أ] يقول :

ثم أجابَ مسألة السائل ، وتقدمَ في إشهار هذا المرهون ، والنداء عليه ، وأذن في ذلك ، فنودي عليه أياماً متوالية ، وأُشْهِرَ ، ثم يذكر إشهاره ثم تقويمه ، ثم بيعه ، ثم القبض والإقباض من الطرفين ، على ما تقدم شرحه ، شيئاً فشيئاً بغير تغيير إلى آخر الكتاب .

٧٣٢ ـ ثم بعدَ ذلك في كلا الصورتين ، من الناس من يقتصرُ على ما ذكرناه في الكتاب ، وإذا أثبت المشتري عند الحاكم ما نسب إليه وإلى البائع الذي نصبه الحاكم المذكور ، وما نسب إلى القابض وهو ربُ الدين من قبض الثمن جميعه منه ، كتب الحاكم على أعلى كتاب الابتياع المشروح فيه : ما ذُكر ، المنسوبُ إلي فيه ، صحيحٌ ، وثبت عندي ما نسب إلى المتبايعين والقابض فيه بشهادة من أعلمت على رقم شهادته بالأداء ، أدنى باطنه ، وحكمت عليهم أجمعين بذلك ، بسؤال جائز المسألة ، مستوفياً شرطه . كتبه فلانٌ بن فلان .

ومن فضلاء الكتاب من يكتب في آخر الكتاب المقدم ذكره ، إذا قامت عنده بينةٌ بالتبايع ، وقبض المقرُ له الثمن من المشتري ، ما صورته : وبعد أن جرى ما ذكر جميعه ، ثبت عند سيدنا الحاكم المذكور ـ بمحضر من خصمين متداعيين بشهادة فلان وفلان ، المعلم تحت رقم شهادتهم بالأداء في باطنه ما نسب إلى المتبايعين والقابض المسمين فيه ، وحكم عليهم بذلك ، بسؤال جائز المسألة ، مستوفياً شرطه بتاريخ كذا وكذا .

فإذا تم كذلك كان هذا الكلام في آخره صورة إسجال لطيف مختصر جامع ، فيكتب الحاكم على الكتاب في أعلاه علامة الإسجال فقط ، فإن الكل صورته صورة إسجال ، فإنه حكاية أحكام جرت عنده .

والحكمة في هذا الرسم الثاني الأخير حمل كلفة الحاكم عن أن يكتب بخطه : ثبت عندي كذا وكذا ، والاستغناء بذكره إسجالاً ، ليقتصر على كتابة علامته أعلا الكتاب ، كما يفعل في الإسجال ، وكل هذا حسن .

[المشتري للرهن هو المرتهن] :

٧٣٣ ـ هذا كله إذا كان المشتري للمرهون أجنبياً غير المقَر له بالدين ، فأما إن كان المشتري هو المرتهن لم يختلف الحكم ، ولا الكتاب إلا في أمر الثمن ، فالحاكم بالخيار بين أن يأذن للبائع أن [١١٨ / ب] يعوضه ذلك عن دينه إذا اتفق تساويها ، أو يعوضه هو عن قدر من دينه هو قدر قيمته ، فيكتبُ الكاتبُ في الكتاب كذلك ، وبين أن يأذن له في بيعه بثمن في ذمة المشتري ، ثم يأمر للبائع أن يقاصصه منه إلى مثله ، فما ثبت له في ذمة المتوفى المبيع عليه ، فيكتبُ الكاتبُ كذلك ، ولكن من شرط هذه المقاصصة أن يبيعه منه بنفس الدين ووصفه ، ولا بد من مقاصصة تجري بينهما على أصح الطرق ، وبين أن

يأذن له ببيع ذلك منه بثمنٍ معين ، ثم يأذن له بعد قبضه منه ، أن يعوضه هو عن دينـه ، وكل ذلـك جـائـز حسنٌ ، وعلى وفـق مـا جرى ينبغي أن يكتبَ الكاتبُ في شرح الحال ، بأحسن ألفاظ وأسدِّها وأوجزها ، وأصرحها .

٧٣٤ ـ فإن قال قائل : قد ذكرتم في (كتاب الاقتضاء هـذا)[١] أن الحـاكم يأمرُ بإشهار المرهون والنداء عليه ، ثم يأمر بتقويمه ، وهـذا مشعرٌ ، بل مصرح بأن قيمة الشيء غيرُ ما يدفع فيه إذا عرض على البيع .

قلنا : فيه خلاف مشهور[٢] ، والأصح أن قيمة الشيء مـا رغب الراغبُ في شرائه بعد عرضه ، وصحة عرضه عند الحـاكم وثبوتـه عنـده بطريقـه الشرعي ، وإنما يفعل الحكام بين الإشهار والنداء ، وبين التقويم خروجاً من الخلاف ، إنْ علم الحاكم الخلاف فيه ، أو نوع احتياط .

٧٣٥ ـ فإن قيل بعدُ : ذكرتم أن الحاكم لا يبيع إلا بعد ثبوت ملك الراهن للمرهون ، مع ثبوت يد المرتهن عليه بإقبـاض الراهن وعـدم المنـازع لـه ، فهل هذا شرط في صحة بيع الحاكم أم لا ؟

قلنا : إنْ كانَ المرهونُ في يـد المرتهن ، واعترف بـأنـه مِلـكُ الراهن ، وأن يده عن إقباضه له ، وثبتَ الراهنُ رهنَه عنده ، وأقبضه هو ، باع الحـاكم ذلـك من غير تكليف المرتهن إثبات ملكية الراهن قولاً واحـداً ، ولا يفتقر إلى ثبوت ملكية الراهن له ، لأن اليد دليل الملك ظاهراً .

٧٣٦ ـ أمـا إن كان المرهـون يـومئـذ في يـد ثـالث غير الراهن والمرتهن ونـائبهما ، وذو اليـد يقـول : هـو ملكي ، والراهن معترفٌ بـأنـه ملكـه ، أعني

---

(١) في الأصل تقديم وتاخير يؤدي إلى إشكال العبارة وهي : هذا كتاب الاقتضاء .

(٢) انظر فقرة ٥٢٩ وما بعدها من هذا الكتاب .

نفسه ، وأنه كان رهنه من هذا المرتهن المدعيه ، وأقبضه هو ، ويزعمان أن الأجنبي ذا اليد اغتصبه من المرتهن ، أو من يد العدل النائب عنهما في الحفظ ، لم يقبل قولهما على ذي اليد ، والقول قوله مع يمينه ، [١١٩ / أ] ولا بد من إقامة البينة على ملكية الراهن له ، إن رام انتزاعه من يده ، وبيعه في وفاء الدين .

٧٣٦ / ٢ ـ وقد جرت عادة الحكام فيما إذا كان المرهون بيد المرتهن ، وقد ثبت ارتهانه له ، فمن كان في يده ، ويدعيه ملكاً لنفسه ، وثبت أنه أقبضه هو ، طلب إثبات ملكية الراهن له ، وأنه كان بيده حالة الرهن بالبينة العادلة ، ليأذن في بيعه بعد ثبوت ذلك احتياطاً للأملاك ، وسلوكاً طريق الأسدّ الأسدّ في الأحكام ، مع القطع (بأن)[1] ذلك ليس بشرط كما فصّلناه .

٧٣٧ ـ ولو كان الراهنُ ، المبيعُ عليه ، حاضراً متعيناً ، أو غائباً ، وباعَ الحاكمُ المرهونَ في وفاء الدين ، كان ذلك كما ذكرناه في الميت ، وكتابتهما واحدةٌ إلا في شيء واحد ، وهو قولنا في الراهن الميت : أن البيع جرى بعد العرض على الورثة ، إنْ كانوا بالغين ، أو العرض على الناظر في أحوال الأصاغر منهم شرعاً ، ورضاهم ببيعه ورغبتهم [عن][2] افتدائه بالخاص من أموالهم ، وإبقائه ملكاً لهم ، فإن هذا كله لا يذكر في حق المبيع عليه الراهن إذا كان حياً غائباً ، لا شك في هذا .

٧٣٨ ـ نعم ، إذا كان الراهن غائباً ، والمرهون عقاراً ، وظفر الحاكم للراهن بنقدٍ حاضرٍ في البلد ، إما وديعةً أو من عليه دينٌ للغائب ، أحضره إلى الحاكم ليحفظه للغائب ، تعين على الحاكم ، والحالة هذه ، وفاءُ دين هذا المرتهن من

---

(١) في الأصل : بأنه .

(٢) في الأصل : عنه .

النقد الحاضر ، وترك الرهن على ما هو عليه ، فإن الحاكم ينظر للغائب ، ومن جملة النظر له بقاء عقاره ، وإيفاء ما عليه من الدين ، مما ظهر له من النقد .

ولو امتنع المرتهن من قبض النقد عن دينه ، وأصر على طلب بيع الرهن ، ليستوفي دينه من ثمنه ، أُجبر على قبض النقد .

مثالٌ : الفروض التي يفرضها الحاكم على والد لولد ، أو على زوج لزوجة ، أو لمطلقةٍ حاملٍ .

٧٣٩ ـ إذا غاب رجل موسرٌ أو صحيحٌ مكتسب ، وترك ولداً صغيراً لا مال له ، فنفقته واجبة على والده ، والحالة هذه ، فليفرض الحاكمُ له فرضاً ، أي يقدرُ له باجتهاده نفقةً بالمعروف ، ويأذن لمن الطفل في حضانته ، رجلاً كان أو امرأة ، أن يستدين القدر المقدر ، ويصرفه فيما لا بد للطفل منه ، ويعود به في مال الوالد المفروض عليه .

فليكتب الكاتب : فرض الحاكمُ [١١٩ / ب] فلانٌ على فلانِ بن فلان ، ويرفعُ في نسبه وصفته ، ثم يقولُ : الغائبُ يومئذ ، وإن كان حاضراً ممتنعاً كتب : الذي حضر لدى الحاكم المسمى ، وامتنع من الانفاق على ولده ، فلان الطفل يومئذ ، الذي ثبت عند الحاكم فقره بطريقه الشرعي ، لولده المسمى ، ما يصرف في نفقته وما لا بد له منه ، فرضاً قدَّره الحاكم وقرره ورآه قدر كفايته ، بعد أن أداه اجتهاده إليه ، في كل يوم يمضي كذا وكذا ، وفي كل شهر يمضي كذا وكذا ، وأذن لحاضنته فلانٍ أو فلانةٍ أو أمه ، على ما يراه الحاكم ، أن يستدين ذلك ، ويصرفه في نفقة الطفل المسمى ، وما لا بد له منه .

أو يقول : أن تصرف ذلك من مالها ، وتعود به في مال والده المسمى ، فرضاً صحيحاً شرعياً ، وأشهد الحاكم عليه بذلك في كذا وكذا .

٧٤٠ ـ وإن كان للطفل ، المفروض له ، مالٌ فنفقته في ماله ، فيكتب الكاتب : فرض الحاكم فلانٌ للطفل فلانِ بن فلان بن فلان ، الذي هو تحت نظر الحاكم المذكور ، وفي حجره وولايته ، في ماله ، كل شهر يمضي لاستقبال تاريخ هذا الفرض ، أو في كل يوم يمضى لاستقبال تاريخه كذا وكذا ، برسم طعامه وإدامه ، وما لا بد له منه ، وذلك قدر كفايته بالمعروف ، بعد ثبوت ذلك عنده بطريقه الشرعي ، وأذن لحاضنته فلان أو فلانة ، ويرفع في نسبها ، أن تصرف ذلك من مالها ، أو مما تِستدينه ، وتعود به في ماله ، أو يكتب : وأذن لفلان بن فلان العدل الأمين ، المودَع عنده مالُ الطفل ، المفروض المذكور ، أن يدفع القدر موايمةً أو مشاهرةً ، إلى الحاضن المسمى ، من مال الطفل المسمى ، إذناً صحيحاً شرعياً ، أشهد عليه به بتاريخ كذا وكذا ، ويكتب فرض الكسوة كذلك .

[نفقة الزوجة على زوجها الغائب] :

٧٤١ ـ وإن كان المفروض عليه زوجاً غائباً ، والزوجة مقيمةٌ في مسكنه وطاعته ، لم يوجد منها نشوزٌ ، ولا ما يسقط نفقتها عليه ، وطلبت من الحاكم أن يقدر لها نفقةً في كل يوم على زوجها ، بعد أن ثبت عند الحاكم (بالطرق الشرعية)[1] أنها زوجته ، ومقيمةٌ في مسكنه الذي أسكنها ، وأحلفها على استحقاق النفقة ، وأنها لم تقبض منه نفقةً لمدة مستقبلة ، والفرض أن الفرض هو حكمٌ على غائب ، فلا بد من تحليفها على الرأي الأصح ، ويكتفي بيمينها في عدم صدور نشوزٍ منها ، وعدم قبضها النفقة بعد إثباتها الزوجية ، والمقام في المسكن الذي أسكنها به ، ثم يفرض لها الحاكم عليه نفقةَ معسرٍ بلا خلاف ، إن لم يثبت [١٢٠ / أ] إيساره ، وإلا متوسطةً ، فإن أثبتت ذلك عمل بموجب

(١) ما بين القوسين من هامش الأصل .

البينة ، فيكتب الكاتب : فرض الحاكم على فلانٍ ، ويرفع في نسبه ، الذي ثبتت غيبته فوق مسافة القصر ، أو فوق (مسافة)[1] العدوى ، بالبينة العادلة عند الحاكم فلان المسمى ، وثبت عنده أيضاً بالبينة العادلة المرضية أن فلاناً الغائب تزوج فلانة المفروض لها ، تزويجاً صحيحاً شرعياً ، بولي مرشد وشاهدي عدل ، ورضاها ، إن كان رضاها معتبراً ، وثبت بقاؤها في زوجيته ، ومقامها في مسكنه ، وأن من شهد بذلك ذكروا أنهم لم يعلموا منها نشوزاً ، ولا ما يوجب سقوط نفقتها ، وهم من أهل الخبرة الباطنة بحالها ، في كل يوم لاستقبال تاريخه ، برسم طعامها ، وهو مُدٌّ من كذا ، وإدامها ، وما لا بد لها منه ، مما هو لازمٌ للزوج شرعاً كذا وكذا ، وفي كل شهر لذلك كذا وكذا ، وأذن الحاكم لها أن تستدين ذلك من مال غيرها ، أو تنفق من مالها قدر ذلك ، وتعود به في مال الزوج المسمى ، فرضاً صحيحاً شرعياً ، وإذناً صحيحاً شرعياً ، وأشهد الحاكم المسمى على نفسه بذلك ، بتاريخ كذا وكذا .

[نفقة المطلقة الحامل] :

٧٤٢ ـ وإن كان المفروضُ على مُطلِّقٍ ، طلق زوجته طلاقاً بائناً ، وهي حامل منه ، كتب : أن الحاكم فرض على فلان لفلانة مطلقته ، طلاقاً بائناً ، التي هي حامل منه ، باعترافه بالحمل ، أو ثبت ذلك بالبينة الشرعية ، أنها حاملٌ بشهادة أربعٍ من النساء (القوابل)[2]، وهن من أهل الخبرة بذلك ، في كل يوم ، أو في كل شهر ، ويكتب على مثال الأول .

[صفة النفقة] :

٧٤٣ ـ هذا كله إذا كان الفرض من جهةٍ ، واعلم بأن الفرض الذي يقدرُه

---

(١) في الأصل : مساوفة ، وهو خطأ في النقل .

(٢) اللفظ من هامش الأصل .

الحاكمُ للولد على الوالد ، ويأذن لحاضنته في الإنفاق ، يصير ديناً ثابتاً في ذمة المفروض عليه ، ولا يسقط بمرور الزمان بلا خلاف ، وكذلك ما يفرضه على الزوج لزوجته الجارية في عصمة نكاحه ، وكذلك ما يفرضه على الزوج لمطلقتِه البائن الحامل منه على الصحيَح .

[نفقة الناشز] :

٧٤٤ ـ وأما الزوجة التي غاب عنها زوجها ، فنشزت ، وثبت نشوزُها ، فلا نفقة لها ، فلو حضرت عند الحاكم ، وسلمت نفسها ، وعادت إلى مسكن الزوج الذي كان أسكنها به ، ثم غاب عنها ، أو طلبت من الحاكم إسكانها في مكان تلزمه ، ولا تخرج منه إلا لضرورةٍ ، فهل يفرض الحاكم لها إذا التزمت بالطاعة ، وعادت إليها ؟ فيه خلاف ، [١٢٠ / ب] (ميلُ)[1] العراقيين ومذهبُهم أنه لا يفرض القاضي عليه ، والحالة هذه ، بل يُكاتبُ القاضي الزوجَ الغائب ، ويُعلمه بأنها قد عادت إلى مسكنه وطاعته ، وطلبت منه أن يفرض لها عليه فرضاً يقدره لها ، أو يكاتب قاضي البلد الذي الزوجُ فيه ، فإن مضت مدةٌ يمكن الزوج فيها العودَ إلى بلد الزوجة ، ولم يعُدْ ، وغلب على الظن علمُه بالحالة ، ووصول كتاب القاضي إليه ، ولم يعد ، فرض لها إذْ ذاك قدراً للنفقة والكسوة .

وعند المراوزة فيه خلاف ، والأصح عندهم أن القاضي يفرض لها قدراً للنفقة والكسوة متى بذلت الطاعة عند الحاكم ، وهذا أولى ، دفعاً للضرر عنها ، لا سيما إذا بعُدت المسافات ، وطال زمن الانتظار .

٧٤٥ ـ أما إذا اتفق الزوجان على قدرٍ من الدراهم ، عوضاً عن الطعام والأُدْمِ ، وقلنا بصحة ذلك ، والعمل عليه ، كتب الزوج :

---

(١) في الأصل : مثل ، ولا معنى لها ، وكأن ذلك تصحيف من الناسخ .

أقرَّ فلانٌ ، وأشهد على نفسه ، أن فَرَضَ على نفسه لزوجته الجارية في عصمة نكاحه ، المستحقة للنفقة والأُدُمِ في ذمة زوجها المقر المسمى ، عوضاً عن طعامها وأُدُمِها ، في كل يوم يمضي ، أو في كل شهر لاستقبال تاريخه ، وهو كذا وكذا ، كذا كذا درهماً ، وأَذِنَ لها أن تستدين ذلك ، أو تنفقه من مالها ، وتعود به في ماله ، إذناً صحيحاً شرعياً ، وأشهد عليه بذلك بتاريخ كذا وكذا .

وكذلك إذا طلّقها طلقةً رجعية ، وأرادَ أن يكتب لها فرضاً للنفقة مدةَ عدتها ، فليكتب كذلك ، وكذلك للمطلقة الحامل ، ولن يخفى وضعه على الوضع الشرعي .

[نفقة الولد على والده] :

٧٤٦ ـ وإن كان الفرضُ على ولدٍ بالغ ، غنيٍ أو كسوبٍ ، لوالد فقير زمنٍ أو هرم ، عاجزٍ عن الاكتساب ، أو والدةٍ هذه صفتها ، والولد ممتنع من الإنفاق ، كتب :

فرض الحاكمُ فلانٌ على فلانِ بن فلان بن فلان الذي ثبت عند الحاكم ، بشهادة فلان وفلان ، يسارُه أو قدرتُه على الكسب ، لوالده الذي ثبت عند الحاكم ، بشهادةِ فلان وفلان ، فقرُه وزمانته وعجزُه عن الكسب ، في كل شهرٍ يمضي ، أو في كل يومٍ يمضي ، لاستقبال كذا وكذا برسم طعامه ، وما لا بد له منه ، كذا وكذا ، حين رأى ذلك قدرَ كفايته ، وأداه اجتهاده إليه ، وفي كل سنة لاستقبال تاريخ كذا وكذا ، برسم كسوته ، كذا وكذا ، وهو القَدْرُ اللائقُ بحال المفروض له ، والمفروض عليه ، فرضاً صحيحاً شرعياً ، وأذن للوالد المفروض [١٢١ / أ] له أن يستدين ذلك ، ويصرفه فيا أذن له فيه ، ويعودُ

به في مال ولده المذكور ، إذناً صحيحاً شرعياً ، وأشهد عليه بذلك في تاريخه المذكور فيه .

[نفقة الأقارب] :

٧٤٧ ـ وهكذا الحكمُ في الفرض للوالدة على الولد ، وللولد الزمن العاجز الفقير على الوالد الغني أو الكسوب ، وكذلك لولد الولد على جده لأبيه ، وكذا الجدُ للأب على ابن ابنه ، وعلى ابن بنته ، فإن النفقة عندنا لا تجب إلا على الأصول والفروع ، ولا يتعدى وجوبها إلى الإخوة والأخوات والحواشي وأطراف النسب ، خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه[1].

وهكذا حكم العتق إذا ملك أخ أخاه لم يعتق عليه عندنا ، خلافاً لأبي حنيفة[2].

وأجمعنا على أن الأب يعتقُ إذا اشتراه ابنه ، وهكذا بالعكس ، فكذلك حكم الأجدادِ والجدات .

☆ ☆ ☆

---

(١) انظر المذهب الشافعي في (مغني المحتاج : ٣ / ٤٤٧ ، شرح المحلي : ٤ / ٨٤ ، المهذب : ٢ / ١٦٧ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢١٨) .

وانظر مذهب الإمام أبي حنيفة في كتاب (الهداية وفتح القدير : ٣ / ٣٥٠ ، رد المحتار على الدر المختار : ٣ / ٦٢٧ ، بدائع الصنائع : ٥ / ٢٢٣٠ ، درر الحكام : ١ / ٤١٩) .

(٢) وكذا كل من ملك ذا رحم محرم فإنه يعتق عليه عند الحنفية ، (انظر : رد المحتار : ٣ / ٦٤٩ ، درر الحكام : ٢ / ٤ ، بدائع الصنائع : ٥ / ٢٢٦٩ ، فتح القدير : ٣ / ٣٧٠) .

وانظر في المذهب الشافعي (شرح المحلي على المنهاج : ٤ / ٣٥٤ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٨٨ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٩٩ ، المهذب : ٢ / ٥) .

خاتمة الكتاب[1]

مسائل مذهبية

٧٤٨ ـ تتضمنُ ذكرَ مسائلَ مذهبيةٍ ، تجري مجرى القواعدِ ، كثيرةَ التداول لدى الحكام في مجالس أحكامهم ، بين المتخاصمين ، كثيرةَ النفع لمن يتعلمها ، ولا سيما الوكلاءُ الذين نصبوا أنفسهم للذبِّ عن موكليهم ، ودفعِ المضار عنهم ، في مضائقَ فقهيةٍ شرعيةٍ ، لا يفهمُها منْ لم يحظَ بجملةٍ صالحةٍ من قواعدِ المذهب وأسرارِه ، فلتقع البداية أولا بالبيع .

مسائل البيع

المسألة الأولى : [بطلان البيع بدون رؤية] :

٧٤٩ ـ قد عُرف من مذهبِ إمامنا رضي الله عنه أنَّ الصحيحَ من قوليه بطلانُ بيع الأعيان الغائبةِ كيف كان[2] ، استُقْصِيَتِ الأوصافُ أو لم تُستقص ، فلو اشترى شيئاً ، ثمَّ قالَ : اشتريتُه ولم أَرَه ، وقالَ البائعُ : بل رأيته ، هل القولُ قولُ البائعِ أو المشتري ؟ فيه خلاف .

من أصحابنا من اختارَ أنَّ القولَ قولُ المشتري ، لأنَّ الأصلَ عدمُ الرؤيةِ ، وعدمُ [١٢١ / ب] صحة العقد .

---

(١) حذف الناسخ في نسخة ف الباب السادس ، وانتقل مباشرة إلى الخاتمة ، ووصل بين الكلامين بقوله : ونختم الكتاب بذكر مسائل ، وحذف العنوان ، انظر : ورقة ١٢٦ / أ .

(٢) قال النووي رحمه الله : والأظهر أنه لا يصح بيع الغائب ، والثاني يصح ، ويثبت الخيار عند الرؤية ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ١٨ ، الوجيز : ١ / ١٣٤ ، شرح المحلي : ٢ / ١٦٤ ، نهاية المحتاج : ٣ / ٤١٥ ، المهذب : ١ / ٢٧٠) .

ومنهم من اختـارَ أنَّ القولَ قولُ البـائعِ ، لأنَّ إقـدامَ كلِ مكلفٍ على عقـدٍ اعترافٌ منه بصحته .

٧٥٠ ـ وأصل هذا كلِّه أنَّه متى اختلف المتبايعـان في شرطٍ مُفْسـدٍ للعقـد ، فادّعاه أحدُهما ، وأنكرهُ الآخرُ ، فيه وجهان[١] :

قـالَ صـاحبُ « التقريب » : القولُ قولُ مـدَّعي الشرطِ الفـاسـدِ ، وقـال غيرهُ : بل قولُ الآخر ، وممن اختارَ الفسادَ في مسـألـةِ الشرطِ المُفْسـدِ الجُرْجـاني والبغوي والشيخُ ابنُ أبي عصرون .

وقـال الشيخُ أبو نصر : إذا اختلفـا في شرطٍ مُفْسِـدٍ ، كما إذا قـال البـائعُ : بعتُـك بشرطِ الخيـارِ ثلاثـاً ، فقـالَ المشتري : بـل أربعـاً ، أو بعتـكَ إلى أجـل معلومٍ ، فقالَ : بل إلى أجلٍ مجهول ، أو بعتك بدراهِمَ ، فقـالَ : بل بخمرٍ ، أو بشيء مجهولٍ ، نصّ الشـافعيُّ فيمن أسلمَ إلى رجـلٍ طعـامـاً ، ثم اختلفـا ، فقـالَ المسْلَمَ إليه : شرطتُ فيه الخيـارَ ، وأنكر المُسلِم ذلـك ، أنَّ القولَ قولُ المسْلِم مع يمينـه ، وهـذا نصّ في أن القول قولُ من يَنْفي الشرطَ المفسـدَ[٢] ، لأنَّ الظـاهرَ صحةُ البيع وسلامتُـه ، (فكانت)[٣] جهـةُ من ينفي المفسـدَ عنـه أقوى ، كما إذا قال : بعتني هذا ، وهو حُرُّ الأصلِ ، فقالَ : بعتك وهو مملوكٌ .

وذكر أبو علي في « الإفصاحِ » وجهين ، قال القـاضي أبو الطيب الطبريُّ : قـد ذكر الشـافعيُّ فيمن تكفـلَ برجـلٍ ، ثم اختلفـا ، فقـال : تكفلتُ على أني

---

(١) ذكر الشيرازي الوجهين دون ترجيح ، (المهـذب : ١ / ٣٠١) ، والتحقيق في المـذهب أن الأصح تصديـق مـدعي الصحـة بيمينـه اذا ادعى أحـدهمـا صحـة البيع ، والآخر فسـاده ، لأن الظـاهر في العقـود الجـاريـة بين المسلمين الصحة ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٩٧ ، نهاية المحتاج : ٤ / ١٦٨ ، شرح المحلي : ٢ / ٢٤١)

(٢) انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٩٨ ، نهاية المحتاج : ٤ / ١٧٠ ، شرح المحلي : ٢ / ٢٤١ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وكانت .

بـالخيـار ثلاثـاً ، وأنكرَ المكفولُ لـه ذلـك ، أنَّ فيـه قولين ، فيشبـهُ أنْ يكـونَ الوجهان على هذين القولين ، هذا جملةُ كلامِ الشيخِ (أبي)[1] نصرٍ .

وذكر الشيـخُ أبـو إسحـاق الخـلافَ ، ولم يختَرْ شيئـاً[2] ، وكـذلـك المراوزةُ وقال الجُرجـاني : إنْ اختلفـا في شرطٍ مُفْسِدٍ ، كخيـارٍ أو أجلٍ (أو غيره)[3] ، فـالصحيحُ أنَّ القـولَ قـولُ من يـدّعي الصحـة ، وإنْ اختلفـا في (الرؤيـة)[4] وعـدمهـا ، فهو خلافٌ راجعٌ إلى صفـةِ العقـدِ ، فـالقولُ قـولُ من (يـدَّعي)[5] الفسادَ ويثبته .

وقـال القـاضي حُسين في « فتـاويـه » : إذا قـالَ المشتري : لمْ أرَ المبيـعَ ، لا يقبلُ قوله ، لأنه يَرُومُ به فسخَ العقدِ ، والظاهرُ مضيٌّ العقـدِ على الصحـةِ ، لكن للمشتري أنْ يدَّعي على البائعِ أنّكَ تعلمُ أني مـا رأيتُ المبيعَ ، ويحلفـه على ذلك .

المسألة الثانية - [أهليَّة المتعاقدين] :

٧٥١ - لا شـك (عنـدنـا أنَّ)[6] من شرطِ صحـةِ [١٢٢ / أ] البيـعِ أهليـةَ المتعاقدين ، فبيعُ الصبي وشراؤه بـاطلٌ ، سواءٌ كان بـإذن الولي أو بغير إذنـه ، فلو باعَ شيئاً ، ثم قالَ : كنتُ صغيراً يومَ العقد ، وهو بـالغٌ حـالـةَ الـدعوى ، وإمكانُ صغره يوم البيع قائمٌ ، فالقولُ قولُه مع يمينـه ، لأنَّ دعواه مستنـدةٌ إلى

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أبو ، وهو خطأ ، لأنه بدل من المضاف إليه ، وإن كان ذلـك صحيحـاً على الحكاية .

(٢) المهذب : ١ / ٣٠١ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وغيره .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : رؤية .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ينفي .

(٦) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : أن عندنا .

الصبا ، وهو مقطوعٌ بتقدُّمه ، والأصلُ دوامُه واستمرارُه ، إلى أنْ يثبتَ بإقرارِه (أو بالبينة)[1] .

وهكذا لو قالَ : كنتِ مجنوناً ، وقد عُهِدَ له حالةُ جنونه ، وأمكن صدقُه قُبِل قوله .

المسألة[2] الثالثة - [حكم بيع المكره] :

٧٥٢ - بيعُ المكرَهِ باطلٌ بلا خلافٍ ، فلو باعَ ، ثم قالَ : كنتُ حالةَ البيعِ مُكْرها ، نُظر : إنْ أقامَ بينةً على أنَّه وقتَ البيع كان معه ما يظهر به مخايلُ الإكراه ، من حبسٍ ، أو من توكلِ ظالمٍ ، وقرائنُ تدل عليه ، وتدلُّ على صدقه ، فيقبلُ قوله في الإكراه مع يمينه ، وإنْ لم تقم له بينةٌ بما يدلُّ على الإكراه ، ولا ظهرت فيه قرائنُ ، لم يقبلْ قوله ، وعليه البينةُ به .

ولو أكرهه سلطانٌ على دفعِ ماله ، لا على بيعِ عِقارِه ، (فباعَ عقاره)[3] في دفعِ المال ، حكى أبو منصور ، ابنُ [أخ][4] الشيخ أبي نصر ، قال : سألتُ الشيخَ أبا نصر ، عن هذه المسألةِ ، فقال : إنْ كانَ له عقارٌ غيرَ العقار الذي باعه (يصح)[5] البيعُ ، ولم يكن إكراها[6] ، وإنْ لم يكن له مالٌ ولا عقارٌ سوى العقارِ الذي باعه ، هل يصحُ البيعُ ؟ فيه وجهان .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وبالبينة .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الثالثة ، وسقطت كلمة المسألة .

(٣) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٤) القاضي أبو منصور : هو ابن أخِ الشيخ أبي نصر ، وليس ابن أخته كما جاء في الأصل وفي نسخة ف ، وهذا تحريف من الناسخ ، وقد تقدمت ترجمة القاضي أبي منصور : ٩٧ .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : صح .

(٦) هذا مبني على شرط في الإكراه عند الشافعية ، خلافاً لجمهور الفقهاء ، وهو أن يكون المكره عليه معيناً ، بأن يكون شيئاً واحداً ، أما إذا أكرهه على بيع أحد عقاريهِ ، أو طلاق إحدى زوجتيه ، فلا إكراه ، (انظر : الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد : ٢ / ١٩٧) .

المسألة الرابعة ـ [في العيوب والأروش] :

٧٥٣ ـ إذا اشترى جاريةً بعبدٍ ، ثم وجدَ بالجارية عيباً قديماً فردّها ، ووجدَ بالعبدِ عيْباً حادثاً عندَ بائعِ الجارية ، قال ابنُ سُرْيج : يأخذُ مشتري الجارية التي ردَّها العبدَ معيباً ، وليس له المطالبةُ لبائعِ الجاريةِ بأرشِ (العيبِ)[1] الحادثِ عنده ، أو يأخذُ قيمتَه سليماً ، إن آثر عدمَ استرداده .

قال الإمامُ رضي الله عنه : وهكذا نُقِلَ عن القاضي حسَين ، وليسَ الأمرُ كذلك عندنا ، بلِ الوجهُ أن يردَّ الجاريةَ ، ويستردَّ العبدَ ، ويطلبَ أرشَ العيبِ الحادث ، لأن العبدَ مضمونٌ بالقيمةِ لا بالثمن ، لأنَّه بعدَ رد الجارية ، لو تلف العبدُ في يدِ بائع الجارية ، (فصاحب الجارية)[2] يردُّ قيمةَ العبد .

قال الإمامُ : والذي قاله ابنُ سُرَيْج ليس بعيداً من الصواب ، بدليلِ أنَّ الزوجَ لو أصدقَ زوجته عبداً ، ثم طلقها قبلَ المسيس ، وعابَ العبدُ في يد الزوجة ، تشطرَ العبدُ وعادَ نصفهُ [١٢٢ / ب] إلى ملك الزوجِ ، فالزوجُ بالخيارِ بين أنْ يرجعَ (بنصفِ قيمةِ)[3] العبدِ سليماً ، وبين أنْ يرضى بنصفِ العبد معيباً ، ولا يكلفُها ضمَ أرشِ العيب إلى نصف العَيْن .

وكذا يمكن أن يُقال في مسألةِ العبدِ والجاريةِ ، لكنْ بين المسألتين فرقٌ ظاهرٌ لا يخفى .

٧٥٤ ـ **قال صاحبُ الكتاب** عفا الله عنه : حكى الإمامُ هذه المسألةَ ، كما قد شرحناه في آخر كتابِ الغَصْب ، ثم أعادها في كتابِ الصداق ، وذكرَ الفرقَ بين مسألتي العبد والجاريةِ ، وبين مسألة الصداق .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : البيع .

(٢) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٣) ما بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : بقيمة .

وذكر الغزاليُّ مسألةَ العبدِ والجاريةِ في آخر كتاب الغَصْب ، وجزمَ القولَ بأنَّه إذا استردَ العبدَ معيباً لم يَجُزْ له طلبُ الأرش ، بل عليه أخذُه ، أو أخذَ قيمته ، ثم أعاد المسألة بعينها في الصَداق ، وقال : يأخذالعبدَ معيباً ، وله طلبُ الأرْش ، فناقضَ في اختياره في « الوسيط » ، ثم قال في « البسيط » ههنا بعد ذكر الحكم في مسألة العبد والجارية : إنه يأخذُ العبدَ معيباً ، ويُطالب بالأرش ، وفي الزوج إذا عادَ إليه نصفُ العبدِ بالطلاق ، وهو معيبٌ ، عليه أن يقنعَ بالمعيب ، وفرّقَ بينهما ، (ثم)[1] قال بعد ذلك : وسمعتُ الإمامَ في التدريس يقولُ : إنَّ من أصحابنا منْ ذكرَ وجهاً في الصَداق من مسألةِ العبد والجارية ، أنَّه يطالبُ بالأرشِ ، ووجهاً في العبدِ والجاريةِ من مسألةِ الصداق ، أنَّه لا يُطالبُ بالأرشِ ، والظاهرُ الفرقُ ؛ ولستُ واثقاً بهذا النقل ، فإني لم أصادفه في مجموعه .

٧٥٥ ـ هذا كلام الغزالي في « البسيط » الذي هو مختصر « النهاية » وجزؤها[2] ، وقوله : في مجموعه ، يريد بها « نهاية المطلب » .

٧٥٦ ـ **قال صاحب الكتاب** عفا الله عنه : وذكرَ الإمامُ مسألةَ العبد والجارية في آخر كتاب « النهاية » ، بعدَ أن فرغ من شرح سواد « مختصر المزني » ، ذكر بعده مسائل مبددةً سرداً متنوعةً ، قال : إنّما ذكرتُها خوفاً من أن أكونَ أهملتُها في مواضعها ، فإن كنت أهملتُها فذكرها مفيدٌ ههنا ، وإن كنتُ ذكرتها لم تضر إعادتها ههنا ، قال :

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) أشرنا سابقا صفحة ٢٤٤ : إلى أن الغزالي اختصر نهاية المطلب لإمام الحرمين في كتابة البسيط ، ثم اختصر البسيط في الوسيط ، ثم اختصر الوسيط في الوجيز ، وعبارته في الوجيز في آخر باب الغصب هي : ولو اشترى عبداً لجارية (بجارية) ورد الجارية بعيب ، وبالعبد عيب حادث لزمه قبول العبد أو طلب قيمته ، وليس له طلب الأرش مع العبد ، ولذلك فرق بين الجزء والجملة ، (الوجيز : ١ / ٢١٤) ، ولم يذكر المسألة في كتاب الصداق ، وإنما اقتصر على قوله : وفي التلف والتعيب وفوات المنافع وتفويتها حكم المبيع قبل القبض فلا معنى لتكثير الكلام ، (الوجيز : ٢ / ٢٥) .

إذا وجدَ بائعُ العبد بالثوب بعدَ ردِ الجارية بالعيبِ القديمِ عيباً حادثاً بالثوب ، بأن وجدَه مفصلاً ، فله ردُّ الجاريةِ بالعيبِ القديم ، فإذا استردَّ الثوبَ المقطوعَ ؟ فيه وجهان ، حكاهما الشيخُ أبو علي :

أحدُهما : يُستردُ الثوبُ مقطوعاً ، ويأخذُ أرشَ النقصِ ، وهذا [١٢٣ / أ] هو القياسُ ؛ لأنَّ الثوب لو تلف كله في يدِ آخذه ، وقد ردَّ عليه (العبدَ)[١] بالعيب القديم ، لكانَ يغرمُ له تمامَ القيمةِ عند تلف الثمن ، (فكذلك)[٢] يجب أن يَغْرَمَ أرش النقص .

والوجهُ الثاني : أنه متى صادف الثوبَ مقطوعاً ، فهو بالخيارِ ، إن شاءَ رضي به ، وأخذه بغير أرشٍ ، وإنْ شاء تركَ الثوبَ ، وأخذَ قيمته سليماً ، فإن اختار أخذ الثوب فلا أرشَ له .

٧٥٧ ـ قال الشيخُ أبو علي : اشتهرَ من كلامِ الأصحاب أنَّ المتبايعين ، إذا تحالفا ، وكان المعقودُ عليه في يدِ أحدهما ، فإنَّهما يترادَّان ، ويُرجَعُ على من نقص العوضُ في يده بأرشِ النقصِ عند التفاسخِ .

فلا فرقَ بين هذه المسألة وبين مسألة العبد والثوبِ ، فإنْ طردَ صاحبُ الوجهِ الثاني مذهَبَه في مسألةِ التحالف كانَ قريباً من خرقِ الإجماع ، وإن سلّمه بطلَ هذا الوجه في العيب أيضاً .

قال الإمامُ : وقد سبَّبَ[٣] الشيخُ أبو علي بإجراءِ الخلاف في مسألة التحالف .

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وكذلك .

(٣) اللفظ في نسخة ف : نسب .

المسألة الخامسة ـ [اشترى جارية ثم ولدت] :

٧٥٨ ـ إذا اشترى الرجلُ جاريةً فأتت بولدٍ ، فقال المشتري : ولدت هذا الولدَ بعد الشراءِ ، وقال البائعُ : بل ولدته قبل البيع ، قال الإمامُ : كتب الحَليمي[١] (في)[٢] هذه المسألة إلى الشيخ أبي زيدٍ يستفتيه فيها ، فأجاب : بأن القولَ قولُ البائع ، لأنَّ الأصلَ ثبوتُ ملكِه في الحملِ ، والأصلُ عدمُ البيعِ في وقتِ الولادة ، هكذا حكاه الشيخ أبو علي ، ولم يزد عليه .

المسألة السادسة ـ [في الحجر وتصرف الأب في مال ولده] :

٧٥٩ ـ ولايةُ الأبِ العَدْل ثابتةٌ على ولده الصغير ، وعلى ماله ، يتصرف فيه بما تقتضيه المصلحة ، وينفقُ عليه بالمعروف ، ويبيعُ مالَه وعقارَه في نفقته وكسوته ، إذا لم يكن له نقدٌ ، أو لغبطةٍ ظاهرةٍ[٣] ، ويُقبلُ قولُ الأبِ في بيع عقار طفلهِ أنَّه باعه (بغبطةٍ)[٤] ، بغير بينةٍ يُكلفُ إقامتَها ، وإذا رفعَ بَيْعَه[٥] إلى الحاكمِ أمضاه ، لأنَّ الظاهرَ من حاله أنَّه لا يَفعلُ إلا ما فيه الحظُ للولد ، لانتفاءِ التهمة عنه[٦] .

---

(١) هو الحسين بن الحسن بن محمد بن حليم ، الشيخ الإمام أبو عبد الله الحَليمي ، أحد أئمة الدهر ، له وجوه حسنة في المذهب ، وشيخ الشافعية فيا وراء النهر ، الفقيه القاضي ، وهو شيخ المحدثين في عصره ، ولي القضاء ببخارى ، ولد سنة ٣٣٨ هـ ، وقيل : سنة ٣٨٨ هـ ، وتوفي سنة ٤٠٣ هـ ، قال ابن خلكان : ولد سنة ٣٣٨ هـ بجرجان ، صنف كتاب المنهاج في أصول الديانة ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٣٣٣ ، البداية والنهاية : ١١ / ٣٤٩ ، التاج المكلل : ٤١ ، وفيات الأعيان : ١ / ٤٠٣) .

وقول ابن خلكان في الولاة أصح ، والشيخ أبو زيد هو محمد بن أحمد بن عبد الله بن محمد المروزي ، المتوفي سنة ٣٧١ هـ ، وقد تقدمت ترجمته صفحة ٢٣٦ .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) انظر : مغني المحتاج : ٢ / ١٧٤ وما بعدها ، نهاية المحتاج : ٤ / ٣٧٥ ، شرح المحلي : ٢ / ٣٠٥ .

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٥) في نسخة ف : بيعه ، وحذف بقية الجملة .

(٦) انظر : مغني المحتاج : ٢ / ١٧٥

ولهذا جازَ له ابتياعُ ماله من نفسه ، وبيعُ مالـه من نفسـه ، وهل يحتـاجُ الحاكمُ إلى ثبوتِ عدالةِ الأب ، أو يكتفي بالعـدالـة الظـاهرة ؟ فيـه وجهـان ، حكاها الشيخ أبو نصر عن القاضي أبي الطيب الطبري[1] .

[الوصي وأمين الحاكم] :

٧٦٠ ـ أمـا الوصيُ وأمينُ الحـاكم فـلا يُمضي الحـاكمُ بيعَهما حتى يَثبتَ الحـظُ عنـدَه ببينـةٍ ، [١٢٣ / ب] ولا يُقبـل قـولُهما في ذلـك على الصحيـحِ من المذهب[2] .

وحكى القاضي أبو الطيِّب الطبريُّ وجهـاً أنَّـه يُقبلُ قولُهما ، ويُمضي الحـاكمُ فعلَهما كالأبِ والجدِ .

ويقبل قولُ الأبِ والجدِ في الإنفـاق على الصبي ، وبيعِ عقـاره مع يمينهما ، وهل يُقبلُ قولُ الوصي في ذلك ، والأمينِ من جهة الحـاكمِ من غير بينـة ؟ فيـه وجهان : أصحُها نعم ، لعسر ذلك وتعذره ، هذا ما ذكره القاضي أبو الطَّيِّبِ ، ونقله عنه الشيخُ أبو نصر رضي الله عنهما .

وقـال الإمـامُ : ذهب أئمـةُ العراق والقـاضي حسين : إلى أنَّ تصرفَ الأبِ نافذٌ مطلقاً ، وعلى من يدعي خلافَ الغبطةِ البينةُ .

فلو بلغَ الصبيُ ، وادّعى على أبيه مخالفةَ الغبطةِ ، فالقولُ قولُ الأبِ ، أمـا الوصيُ إذا ارتفع إلى مجلسِ الحكمِ فلا يُنفِّـذُ القـاضي شيئـاً من تصرفـاتِـه من غيرِ بينةٍ ، تقومُ على أنَّها موافقةُ (للغبطة)[3] .

---

(١) الراجح الاكتفاء بالعدالة الظاهرة لوفور شفقته ، وكذا الجد ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ١٧٣) .

(٢) انظر : مغني المحتاج : ٢ / ١٧٥ .

(٣) انظر : مغني المحتاج : ٢ / ١٧٥ ـ ١٧٦ .

اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الغبطة .

والفرقُ فرطُ شفقةِ الأبِ ، وانتفاءُ التهمةِ[1] عنه ، بخلاف الوصي .

٧٦١ ـ ولو أنفق الأبُ شيئاً في مصلحةِ الصبي ، فبلغَ وأنكره ، (أو زعم)[2] أنَّه تعدي قدرَ الحاجة ، فالقولُ قول الأب ، ولو ادعي مثلُ ذلك على الوصي ، هل يُقبل قولُ الوصيَ ؟ فيه وجهان ، هذا ما ذكره الإمامُ في تجارة الوصي بمال اليتيمِ ، وقال في أثناء كتاب الوكالة : القيمُ إذا ادَّعى الردَ على الذي كان صبياً ، فأنكرَ ، لم يُقبل قولُ القيم على الأصح .

وذكر بعضَ الأصحاب وجهاً بعيداً أنَّ الوليَّ مصدَقٌ ، وهذا غريبٌ في الحكايةِ ، ولا تفريعَ عليه ، وإنما التفريعُ على الأصحِ ، وهو أنَّه لا يُقبلُ قولُه .

أما ما يدعيه الوليُ من الإنفاق في حالة الصغرِ على الاقتصار ، (هل)[3] يقبل قوله ؟ فيه وجهان ، أصحهُما أنه يُقبل .

قال صاحبُ الكتاب عفا الله عنه : هذا لفظُ الإمامِ ههنا ، وهو مصرِّح أولاً بلفظِ القيمِ ، إذا ادَّعى الردَ .

[القيم والولي] :

٧٦٢ ـ والقَيِّمُ في اصطلاحِ الأمة : هو من ينصبه القاضي أميناً لحفظِ مالِ الطفلِ والتصرفِ فيه ، ثم قال : وذكرَ بعضُ الأصحابِ وجهاً بعيداً أنَّ الوليَ مصدقٌ ، ولفظةُ الولي تُشعر بالأبِ ، فيدلُّ هذا على أنَّ مرادَه بلفظةِ القيمِ الأبُ ، وقد ذكر في باب تجارة الوصي بمال اليتيم أنَّ الأبَ مقبولُ القولِ في

---

(١) في نسخة ف : النهم .

(٢) العبَارة من نسخة ف ، وفي الأصل : وزعم .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وهل .

التصرفِ (في حال الصبا)[1] قولاً واحداً ، ولم يحكِ فيه خلافاً ، وقبولُ قولهِ في الإنفاق على الاقتصارِ أولى بالقبول ، لعسرِ الإشهاد فيها .

وقالَ ههنا في أثناء كتاب الوكالة : أما ما يدَّعيه الوليُّ من الإنفاق [١٢٤ / أ] في حالة الصغر على الاقتصار ، هل يُقبلُ ؟ فيه وجهان ، أصحُّهما : أنَّه يُقْبَلُ .

فإنْ كانَ مرادُه بالوليِّ الوصيَّ أو القيمَ فالخلاف متجهٌ ، وإنْ كانَ مرادُه الأبَ فبعيدٌ جدا ، مع أنَّه قطعَ في ذلك الباب بالقبول ، ففي هذه الألفاظِ قصورٌ ظاهرٌ ، ومرادُ الإمام إذن بلفظة القيّم هنا هو الأبُ ، وكذا لفظة الولي ، فإنَّ غيرَه قد صرّح بنقلِ المذهب في ذلك ، ومن جملتهم القاضي أبو الطيّب ، والشيخُ أبو نصر ، قالا في كتاب الوصايا : إذا اختلفَ الصبيُّ بعد بلوغه والوليُّ (أو)[2] الوصيُّ في الرد ، فالقولُ قولُ المدفوعِ إليه ، وعلى الوصيِّ إقامةُ البينةِ ، وكذلك الأبُ وأمينُ الحاكم ، هذا لفظهما[3] .

٧٦٣ ـ ولو اختلف الصبيُ والوليُ الوصي[4] في قدرِ النفقة نُظر : انْ اختلفا في قدر المدة ، كأنه قالَ : إنَّ أباه مات منذ سنتين ، وقال الوصي : بل من ثلاث سنين ، فالبيِّنةُ على الوصي ، والقولُ قولُ الصبي مع يمينه .

وإن اتفقا على المدةِ ، واختلفا في القَدْر ، نُظر : إن كانَ قدْرُها بالمعروف ، فالقولُ قولُ الوصي ، وإنْ زادَ عن المعروف ضمنَ الوصيُ الزيادةَ .

---

(١) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٣) وتحقيق الكلام في هذا الموضوع كما لخصه الإمام رحمه الله تعالى هو : فإذا ادَّعى بعد بلوغه على الأب والجد بيعاً بلا مصلحة صُدِّقا باليمين وإن ادعاه على الوصي والأمين صدق هو بيمينه ، وهناك أقوال أخرى ، وتفصيل كبير ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ١٧٦ ، شرح المحلي : ٢ / ٣٠٦ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٣٨١) .

(٤) لفظة « الوصي » ساقطة من نسخة ف .

وإن اختلفا في قدرِ النفقةِ ، ولم تُذْكَرِ المدةُ ، فالقولُ قولُ الوصي .

وحكى المتولي هذه المسألة ، كما حكاه القاضي أبو الطيِّب والشيخُ أبو نصر .

٧٦٤ ـ **قلت أنا :** وإذا قلنا : إنَّه لا يقبل قولُ الأب والجد في الرد على الذي كان صبياً ، فلو مات الأبُ أو الجد ، وادعى ورثتهم (أنَّ مورِّثهم ردَّ ، الأولى)[1] أنْ لا يُقبل ، وإنْ قلنا على الوجهِ البعيدِ : إنَّه يُقبل قولُهما في الردِّ ، فهل يُقبلُ قولُ الورثةِ ، أنَّ مورثهم ردَّ ؟ فيه وجهان ، (أصحُهما أنّه يُقبل تفريعاً على هذا)[2] ، وكذلك في الإنفاق ودعواه إذا فرعنا على (أنَّ القولَ)[3] قولُ الأبِ فيه على الاقتصار ، فهل يقبلُ قولُ الوارثِ في دعوى إنفاق أبيهم ؟ فيه وجهان ، أصحهُما أنَّه يُقْبل ، وهذا الخلافُ لم أره مسطوراً في هذهِ المسألة خاصة ، وإنما أخذتهُ من قاعدةٍ مسطورةٍ ، ومسألةٍ منقولة ، وهو أنَّ المودَعَ يُقبلُ قوله في الردِّ على المودِعِ بلا خلافٍ ، وكذلك يقبلُ قوله في دعوى التلفِ بسبب خفي قولاً واحداً ، فلو ماتَ المودَع ، فادّعى ورثتُه أنَّ أباهم ردَّ الوديعةَ على مالكِها ، أو أنها تَلِفت تحتَ يدِ أبيهم بغيرِ تفريطٍ منه ، هل يُقبل ؟

قال البَغويُّ : يُقبل ، وقال المتوليُّ : لا يُقبلُ ، فحصل وجهان ، [١٢٤ / ب] أصحهُما عندي وعندَ من وافقَ من المتأخرين أنّه يُقبل ، لأنَّ كلَّ من قُبِلَ قولهُ في شيء ، من ردٍ أو إتلافٍ ، قُبل قولُ وارثه أنَّ مورِّثَه صدرَ منه ذلك الردُ ، أو وُجد عنده ذلك الإتلافُ لوجوه :

أولها : أنَّ الأمانةَ ثابتةٌ مقتضيةٌ لقبولِ القولِ من الأمين على من ائتمنه ،

---

(١) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : أو مورثهم رد ، أولى .

(٢) العبارة بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٣) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

والأصلُ استمرارُها ، ولا يُقال : إنَّ المالكَ لم يأتمن الوارثَ ، فلا يَصدق على من لم يأتمنه ، لأنَّ هـذا ينفعُ أنْ لو ادعى على الوارثِ أنَّـه هو الرادُّ بنفسـه ، أو أنَّ التلفَ حصل عنده ، وهو إنما يـدعي أنَّ أبـاه (رده)[1] ، أو أنَّ التلفَ حصل عند أبيه ، ولو أنَّ أباه [كان][2] حياً ، وقالَ ذلك ، صُدّق ، فكـذا هو ، لأنـه خليفته ووارثُه ، وقائمٌ مقامه .

الوجهُ الثاني : أنَّ الأصلَ براءةُ ذمةِ الأبِ الميتِ .

الثالث : أنَّ الأصلَ براءةُ ذمةِ الورثة المدعين .

مسائل من كتاب الصلح في التنازع في الأملاك

المسألة الأولى ـ [تداعيا داراً في يد ثالث فأقر لأحدهما] :

٧٦٥ ـ دار في يـدِ ثـالث ، ادَّعـاهـا رجلان ، زاعمين أنَّهما شريكان فيهـا ، فصـدّقَ ذوُ اليـد أحـدَهـا ، وكـذّبَ الآخرَ ، إنْ أقرَ ذو اليـدِ بـأنَّ نصفَهـا لمن صَدَّقه ، والنصفُ الآخر لنفسِـه ، أعني لـذي اليـدِ ، سُلِّمَ النصفُ إلى المصـدَّق ، وإنْ أقر ذو اليدِ بأنَّ جميعَ الدارِ للمصدَّق سُلمت إليه .

٧٦٦ ـ ثم لا يخلو أنْ يكونَ المدَّعيان ادعياها عن جهةِ إرثٍ ، أو عن جهـةِ شراء ، أو عن هبة .

إنْ ادعياهـا عن جهـة إرثٍ سـاهمَ المكـذَّبُ المصـدَّقَ على المنصوص ههنـا ، ونص فيما إذا ادعى الورثةُ ديناً على مـدينٍ لمورثهم ، وأقـاموا شـاهـداً واحـداً ، فحلفَ بعضُهم دونَ بعضٍ مع الشـاهـدِ ، وأخـذَ الحـالفُ نصيبَـه ، وغـابَ بعضُ

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : رد .

(٢) اللفظ من عندي .

الورثة حين حلف الحاضرُ وأخذ ، ثم حضرَ الغائبُ ، أنَّ الغائبَ لا يشاركُ الحالفَ فيما أخذه .

واختلف الأصحابُ في هاتين المسألتين ، فمنهم من قالَ : فيهما جميعاً قولان بالنقلِ والتخريج ، ومنهم من قرَّرَ النصين على حالهما ، وهو الصحيحُ ، وفرق بأنَّ المسألةَ المذكورةَ في الصلح مفروضةٌ في العين .

وإنْ أقرّ المصدّقُ الوارثُ بأن الوارثَ الآخرَ المكذَّبَ شريكُه فيها ، باعترافه أنَّ الدارَ موروثةٌ عن أبيهما مثلاً ، والدارُ متعينةٌ في نفسها ، فيشتركان [١٢٥ / ب] فيما أخذه المصدّقُ ، والمسألةُ المذكورة ههنا مفروضةٌ في الدينِ ، والدينُ لا يتعينُ إلا بالتعيين .

٧٦٧ ـ أما إذا ادّعيا الدارَ عن جهة شراءٍ واحدٍ ، أو هبةٍ واحدة ، فصدّق ذوُ اليد أحدَهما في دعواه النصفَ ، وكذَّبَ الآخرَ ، فإذا سلم النصفَ إلى المصدَّق ، هل يشاركهُ المكذَّب ؟ فيه وجهان يبتنيان على ما إذا باعا عبداً مشترَكا ، فأخذَ أحدُهما نصيبَه من الثمنِ ، هل يستبدُ بالثمنِ الذي قبضه ؟ أم يقالُ : كل جزءٍ منه مشترَكٌ بينهما إلى القسمةِ ؟ فيه خلاف .

هذا ما ذكره الإمامُ ، والذي قطعَ به العراقيون ، ومنهم الماوردي ، ومن المراوزةِ الشيخُ أبو علي : أنّه في العينِ يُشاركُ المكذَّبُ المصدَّقَ في النصف الذي أخذه قولاً واحداً ، وقطعَ الماورديُّ بأنها إذا ادعيا عن جهةِ شراءٍ واحدٍ ، فحكمه حكمُ الميراث[1] .

المسألة الثانية ـ [التنازع في حائط] :

٧٦٨ ـ إذا تنازعا حائطاً بين ملكيهما ، فإنْ لم يختص أحدُهما ببناءٍ عليه ، ولا ما يدلُ على اختصاصٍ ، فهو مشترَكٌ بينهما .

---

(١) الحاوي ، الماوردي : ١٣ ق ٦٢ / أ ، ق ٦٢ / ب .

٧٦٩ ـ وإنْ كانَ لأحدهما عليه جذوعٌ دونَ الآخر لم يكن له اليدُ بذلك ، ولا يُرجَّحُ به عندنا ، بلا خلاف[١] ، خلافا لأبي حنيفة[٢] .

٧٧٠ ـ وإن كان لأحدهما عليه أَزَجٌ[٣] مبنيّ ، أو قبةٌ ، قالَ الماورديُّ : نُظر في الحائطِ ، فإنْ كانَ قد بُني من أساسهِ مُنْعَرَجاً ، كعادةِ بعض القباب والآزاج ، فهذا اتصالٌ ، لأنَّه لا يمكنُ إحداثُ مثلِه بعدَ كمالِ البناء ، فيكون الحائطُ ملكا لمالكِ الأزَجِ والقبةِ ، وإنْ لم يكن بناءُ الحائط معرجاً فلا يكونُ الأزجُ والقبةُ المبنيُ عليه متصلاً بالحائط كله ، لإمكان إحداثه بعد كمال البناء ، فيصير كالأجذاعِ ، لكنْ ما كانَ من أعلى الحائط خارجاً على تعريجِ القبة والأزج فهو لصاحبِ القبة والأزج ، وما انحدرَ عنهما من انتصابِ الحائطِ في حكم المنفصلِ (عن)[٤] المتصل ، فيكون بينهما كالأجذاع ، هذا ما فصَّلَه (الماورديُّ)[٥] ، وغيرُه من الأصحاب قطعوا بأنَّه مهما كان لأحدِهما (عليه)[٦] أزجٌ أو قبةٌ ، كانَ لصاحبِ الأزجِ والقبة قولاً واحداً ، من غير تفصيل .

٧٧١ ـ أمَّا إذا كان مبنياً على تربيعِ دارِ أحدهما ، مساوياً لها في السمك والحد[٧] ، قال أبو إسحاق : كانَ الحائطُ لمن بني الحائطُ على تربيعِ داره ، لأنَّ

---

(١) انظر مذهب الشافعية في كتاب (المهذب : ٢ / ٣١٧ ، مغني المحتاج : ٢ / ١٩٢ ، شرح المحلي : ٢ / ٣١٨ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٤١٧) .

(٢) انظر مذهب أبي حنيفة في كتاب (درر الحكام : ٢ / ٣٥٠ ، معين الحكام : ص ١٨٥ ، حاشية ابن عابدين ، رد المحتار : ٥ / ٥٧٩ ، مجمع الأنهر : ٢ / ٢٨٢ ، بدائع الصنائع : ٨ / ٣٩٩٧ ، وسائل الإثبات : ٢ / ٥٣٦) .

(٣) الأزَج : جمعه آزاج وآزُج البيت يبنى طولاً ، وهو ضرب من الأبنية (انظر : القاموس المحيط : ١ / ١٧٧)

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : غير .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٦) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٧) في نسخة ف : والجدة ، وما في المتن متفق مع نص (المهذب : ٢ / ٣١٧)

الظاهرَ أنَّه بني لداره[1] .

وقال الماورديُّ : إذا كانَ الحائطُ متصلاً ببناءِ أحدهما دونَ الآخر ، بأن يكون بناءُ أحدهما قد اتصل [١٢٥ / ب] بتشييدِ الحائطِ على وجهٍ لا يمكنُ إحداثُ مثله بعد كمالِ البناء ، فهو لمن اتصل بناؤه ، سواء كان اتصالَ تربيعٍ ، أو لم يكن .

وقالَ الإمامُ : إذا اتصلَ طرفُ الجدارِ بجدارٍ خالصٍ لأحدهما اتصالَ ترصيف ، صارَ هو صاحبَ اليد .

٧٧٢ ـ وهكذا لو كان الجدارُ على خشبةٍ ، وأصلُ تلك الخشبةِ مبينةٌ في خالصِ ملك أحدهما ، داخلةٌ فيه ، فيكونُ الحائطُ مِلكاً لمن الخشبةُ التي الحائط مبنيٌ عليها مِلكه ، وداخِلٌ في ملكه .

٧٧٣ ـ **قلت** : ومثالُ قوله : اتصال ترصيفٍ أنْ يكونَ الحائطُ المتنازعُ فيه آخذاً شرقا بغرب ، بين ملكيْهما ، وللقبلي منهما حائطٌ آخذٌ قبلةً بشمال ، وطرفه الشمالي معقودٌ مع طرف الحائط المتنازع فيه عقد ترصيفٍ ، كما تُعقدُ القرن بعضها إلى بعض ، مشتبكاً بعضُه إلى بعض ، (وليس)[2] محلولاً ولا ملتصقاً إليه إلصاقاً ، فيكونُ للقبلي ، الذي له الحائطُ ، الآخذُ قبلة بشمال ، لهذا الاتصالِ المشار إليه .

قال الماورديُّ : ولو كان الحائطُ المتنازعُ فيه ينتهي طولاً إلى أنْ يتجاوزَ ملكَ أحدهما ، ولا يتجاوزُ مِلكَ الآخر ، مثل أنْ يكونَ الحائطُ طوله عشرون[3]

---

(١) انظر : المهذب ، لأبي اسحاق الشيرازي : ٢ / ٣١٧

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ليس ،

(٣) في الأصل ونسخة ف : عشرين .

ذراعاً ، (وعرضُ)[1] أحدِهما عشرةُ أذرعٍ ، وعرضُه الآخرُ عشرون ذراعاً ، فتنازعا في الحائط الذي هو بين عرصتيهما معاً ، دونَ القَدْرِ المجاوز ، فهل يكونُ هذا كالمتصل أو المنفصل ؟ فيه وجهان .

ثم قال الشافعيُّ رحمه الله : ولا نظرَ إلى من إليه الدواخلُ (والخوارجُ)[2] ، ولا أنصافُ اللَّبِن ولا معاقدُ القُمْط .

قال الماورديُّ : الدواخلُ وجوهُ الحيطان ، والخوارجُ ظهورها ، وفي أنصاف اللبن تأويلان ، حكاهما أبو علي بنُ أبي هريرة[3] ، (أحدهما)[4] أنْ يكونَ كسورُ أنصافِ اللبن إلى أحدهما ، والصحاحُ منه إلى الآخر ، والثاني : أنه إفريزٌ يخرجه البنَّاءُ في أعلى الحائطِ نحوَ نصفِ لبنةٍ ، ليكونَ وقايةً للحائط من المطر وغيره ، وأما معاقدُ القُمُطِ فيكونُ في الأخصاصِ[5] ، وهي عقدُ الخيوط التي تَشُدُّ الخُصَّ ، لأنَّ القُمُط جمعُ قِماطٍ ، وهو الخيطُ ، فإذا تنازعَ رجلان جاران حائطاً بينهما ، وكان إلى أحدهما الدواخلُ وأنصافُ اللبن ، لم يكنْ ذلك دليلاً على ملكه .

٧٧٤ ـ وكذا لو تداعيا خُصاً ، وكان إلى مِلك أَحدِهما مَعَاقِدُ القُمُطِ ، لم

---

(١) في الأصل : وعرضه ، واللفظ ساقط في نسخة ف مع سطر كامل .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فالخوارج .

(٣) هو الحسن بن الحسين ، أبو علي بن أبي هريرة ، الإمام الجليل ، القاضي ، أحد عظماء الأصحاب في المذهب الشافعي ، المذكور اسمه ، كان أحد شيوخ الشافعية ، وانتهت إليه إمامة العراقيين ، له مسائل في الفروع محفوظة ، وشرح مختصر المزني ، ودرس ببغداد ، مات سنة ٣٤٥ هـ ، وذكر ابن كثير وفاته سنة ٣٧٥ هـ ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٣ / ٢٥٦ ، طبقات الفقهاء : ١١٢ ، وفيات الأعيان : ١ / ٣٥٨ ، البداية والنهاية : ١١ / ٣٠٤ ، النجوم الزاهرة : ٣ / ٣١٦) .

(٤) اللفظ في الأصل : أحدها .

(٥) الأخصاص والخصوص والخصائص جمع خص ، وهو البيت من قصب أو شجر ، والخص بالضم ، يسقف بخشبة كالأزج ، (انظر : القاموس المحيط : ٢ / ٣٠١ ، المنجد : ١٨٠)

يكن ذلك دليلاً ، هذا منتهى كلام الماورديُّ ، ولا مخالفَ له فيما نقله .

٧٧٥ ـ وكذلك الطاقاتُ [١٢٦ / أ] المزينةُ بالبياضِ والزخرفة وغير ذلك ، إذا كانت إلى جانبِ أحدهما ، لا تدلُ على ملكه عندنا ، بلا خلاف .

٧٧٦ ـ ومما يدورُ في الخَلَد ، (واستخرجه الفكر)[١] ، ما لو كان من جانبِ أحد المتداعيين في أسفلِ الحائط أزجٌ معقودٌ إلى خاصِ ملكه ، فهو دليلُ الملك في الحائط ، فلو كان علْو الحائطِ مبنياً إلى جانبِ المدعي الآخر ، متصل في آخره بحائط خاص لهذا المدعي الآخر ، اتصالَ ترصيف ، فهو دليلُ الملك أيضاً له ، لكنْ أحدُ المتداعيين ترجَّحَ بالأَزَج في سُفل الحائطِ ، والآخرُ ترجَّحَ في علوه بالاتصالِ ، فهذا لم أصادفه مسطوراً لذلك ، والذي يظهرُ أنْ يُقالَ : إنْ كان الاتصالُ من جهةِ العلو من أعلى الحائط إلى قراره في طرفٍ ، والأزجُ في وسطه مثلا ، أو في الطرف الآخر ، فهذا محلُ نظرٍ ، ومقامُ التوقف ، وليس ببعيدٍ أنْ يقالَ : إنَّه يكونُ بينهما ، وكأنه قد قامَ لكلٍ منهما دليلٌ على ملكه ، لو انفرد ، وخلا عن المعارض ، فيصيرُ كما لو لم يَقُم لواحدٍ منهما دليلٌ ، وصار هذا كالبينتين إذا تعارضتا على أحد القولين[٢] .

وإنْ كان البناءُ في أعلى الحائطِ لا ينتهي إلى (أسفله)[٣] ، بل ينقطع في أثنائه ، أمكنَ أنْ يقالَ : يختصُ صاحبُ العلوِ من منتهى بنائه الموصوف إلى جهة العلو ، وعلى سمته في جهة طول الحائط ، ويختصُ صاحبُ السفل بالباقي بعد ذلك إلى جهة السفل ، وللنظر فيه ، بعد هذا ، مجال

---

(١) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : واستخرجته الفكرة .

(٢) وهو القول بسقوط البينتين المتعارضتين ، والقول الثاني : أنها تستعملان ، واختلف الفقهاء في استعمالها على ثلاثة أقوال ، ففي قول تستعملان ويقسم المدعى به بينهما ، وفي قول تستعملان ويقرع بينهما ، وفي قول تستعملان ويتوقف حتى يتبين الأمر أو يصطلحا .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : سفله .

المسألة الثالثة - [في المهايأة والتنازع في الانتفاع] :

٧٧٧ - فإذا كانَ بين شريكين أو شركاءٍ دارٌ مثلا ، فليس لأحدهم السكنى ، ولا الانتفاعُ بغير إذن شركائه ، فإنْ رضوا بالمهايأة فذاك ، وهي[١] في الظاهر تناوبٌ في المنافع ، وفي الحقيقة بيعُ منافعٍ بمنافع ، والصحيحُ أنَّ المهايأة لا تلزمُ بالرضا ، ولا يجبُ الوفاءُ بها ، ولا يُجبرُ الممتنعُ (عليها)[٢] .

٧٧٨ - فإنْ قيل : لو اكترى رجلٌ داراً سنةً بمنفعة عبدٍ سنةً ، أو أقل أو أكثر ، صح ، فمقابَلةُ المنفعةِ بالمنفعةِ صحيحةٌ ، فلم لم تلزم المهايأة عن التراضي ؟

قلنا : لأنَّ من ضرورةِ المهايأة التناوبَ على المنافع في العينِ الواحدة ، وأن تتنجز نوبةٌ ، وتتأخر أخرى ، والمنافعُ المضافة إلى المدةِ التي ستأتي لا يجوزُ إيرادُ العقدِ عليها عندنا ، لأنَّ من استأجر السنةَ القابلةَ لا يصحُّ ، فلهذا لم تلزم المهايأة .

٧٧٩ - فإن قيل : [١٢٦ / ب] فلم لم تجعلوا المهايأةَ عن التراضي قسمةَ منافعٍ ، على صورة قسمةِ العين ، تفريعاً على أن القسمة إفرازٌ ؟

قلنا : لأنَّ قسمة العين تتنجزُ فيها الحصصُ ، فيصلُ الشريكان إلى حصصها في وقتٍ واحدٍ جملة ، من غيرِ تأخرِ أحدِهما بعدَ تعديلها ، والمنافعُ تُؤخذ شيئاً فشيئاً ، لا يمكن تحقيقها وتعديلها والتساوي فيها في مدتي الانتفاع .

٧٨٠ - وذهب بعضُ أصحابنا إلى الإجبار على المهايأة ، لأنَّ الضرورةَ ماسةٌ إليها عند التنازع ، فلولاها لتعطلت المنافعُ[٣] .

---

(١) اللفظ في نسخة ف : وهو .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٣) قال الشيرازي : وإن طلب أحدهما ، وامتنع الآخر ، لم يجبر الممتنع ، ومن أصحابنا من حكى فيه وجهاً =

٧٨١ ـ فإنْ قُلنا : لا إجبارَ على المهايأةِ على الصحيح ، فلو تهايأ شريكان بالتراضي ، فاستوفى أحدهما المنفعة في النوبة التي له ، ثمَّ أرادَ أنْ يمتنعَ عما توافقا عليه ، (ومنع)[1] شريكَه من ذلك في نوبته ، فله ذلك ، ولكنه يغرمُ لشريكه قيمةَ حصته من المنفعةِ التي استوفاها في نوبته ، وإنْ قلنا : يُجبرُ عليها ، فلو استوفى نوبته ، ثم أرادَ الرجوعَ ، لم يكنْ له ذلك .

٧٨٢ ـ ثم إذا قُلنا : لا إجبارَ على (المهايأة)[2] ، واستمر الشركاء على التمانع ، فهل تُباعُ العين عليهم ؟ فيه وجهان ، أصحُّهما لا تباعُ ، وهل تُؤَجَّرُ ؟ فيه وجهان ، أصحُّهما نقلا أنها لا تؤجر ، بل تُتركُ المنافعُ تتعطلُ إلى أنْ يتراضوا ، والعملُ في بعض بلادنا على الإجبارِ على الإجارة[3] .

[مدة المهايأة] :

٧٨٣ ـ وقدرُ مدتها مفوّضٌ إلى رأي الحاكمِ المتنازع لديه ، وأما إمامُ الحرمين فإنَّه قالَ : ولم يذكر أحدٌ من الأصحاب الإجبارَ على الإجارةِ ، فقالَ : ولعلَّ سببَه أنَّ الأمدَ في الإجارةِ (لا توقيتَ)[4] له ، ولا سبيلَ إلى التحكم بمدة فيه ، هذا كلامُ الإمامِ ، ومن يرى الإجبارَ على الإجارةِ ، يقولُ : قدرُ مدتِها مفوضٌ إلى رأي الحاكم .

ولعل الأقربَ فيه إيجارُ العين سنةً ، فإنَّ منافعَ الأعيانِ تتكاملُ في سنةٍ في الغالبِ .

= آخر أنه يجبر كا يجبر على قسمة الأعيان ، والصحيح أنه لا يجبر ، لأن حق كل واحد منها تعجل ، فلا يجبر على تأخيره بالمهايأة ، ويخالف الأعيان ، فإنه لا يتأخر بالقسمة حق كل واحد ، (المهذب : ٢ / ٢٠٩) ، وانظر : مغني المحتاج ٤ / ٤٢٦ .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : منع .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : مهايأة .

(٣) وهو ما اقتصر عليه الخطيب الشربيني في (مغني المحتاج : ٤ / ٤٢٦)

(٤) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : لا موثق .

مسائل من الحوالة

المسألة الأولى - في حقيقتها :

٧٨٤ - وهي معاقدةٌ بين المحيلِ والمحتال ، وأما ذمةُ المحال (عليه)[١] فهي محلٌّ التصرف ، وموردُ العقدِ ، ولا بدَّ من رضا المحيلِ والمحتالِ ، وتعاقدهما بلفظِ الحوالة ، أو ما يقوم مقامها ، كقوله : أحلتك على فلان بكذا ، أو نقلت حقَك الذي في ذمتي إلى ذمة فلان ، أو جعلتُ ما استحقه على فلان لك بما لكَ عليّ ، أو ملكتُكَ ما ليَ في ذمة فلان[٢] بما لَكَ في ذمتي ، وهل ينعقدُ بلفظِ البيع ؟ فيه خلافٌ مشهورٌ .

٧٨٥ - أما المحالُ عليه فلا يُشترطُ رضاه على المذهبِ الصحيح ، خلافاً لأبي حنيفة[٣] ، وأبي [١٢٧ / أ] سعيد الإصطخري من أصحابنا[٤] ، وهل يُشترطُ أنْ يكونَ الدينُ المحال به مثلياً ، أم تجوزُ الحوالةُ بالثوبِ الموصوفِ مثلاً في الذمة بمثله ؟ فيه خلاف[٥] ، (الأصحُّ)[٦] عند البغويِّ أنَّه لا يُشترطُ[٧] .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إليه .

(٢) العبارة في نسخة ف : ملكت لك ما في ذمة فلان .

(٣) انظر في مذهب الحنفية المراجع التالية : (درر الحكام : ٢ / ٣٠٨ ، مختصر الطحاوي : ١٠٢ ، فتح القدير والعناية : ٥ / ٤٤٤ ، بدائع الصنائع : ٧ / ٣٤٣٧ ، رد المحتار : ٥ / ٣٤١) .

(٤) لا يشترط رضا المحال عليه في الأصح عند الشافعية ، وفي قول ثان يشترط رضاه ، بناء على أن الحوالة استيفاء ، وهو قول الإصطخري ، كما نص عليه الشيرازي ، وقال : اختاره المزني ، قلت : ولم أجده في مختصره في باب الحوالة ، (انظر : المهذب : ١ / ٣٤٥ ، مختصر المزني : ٢ / ٢٢٦ ، مغني المحتاج : ٢ / ١٩٤ ، شرح المحلي : ٢ / ٣١٩ ، حاشية البجيرمي على الخطيب : ٣ / ٨٤ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٤٢٣) ، وسبقت الإشارة لهذا الاختلاف في صفحة ٥٢٣ ف ٦٣٣ .

(٥) انظر : المهذب : ١ / ٣٤٤ .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : والأصح .

(٧) وهو ما عليه المحققون في المذهب ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ١٩٤ ، شرح المحلي : ٢ / ٣١٩ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٤٢٤) .

٧٨٦ ـ نعم ، يُشترطُ أنْ يكونَ الدينُ المحالُ به مجانِساً لما في ذمة المحيل للمحتال ، قدراً وجنساً ووصفاً ، فلو أحاله بألفٍ حالَّةٍ في ذمته ، على ألفٍ مؤجلةٍ ، لم يصح ، وبالعكسِ فيه وجهان .

المسألة الثانية ـ [الحَوالة على رجلين] :

٧٨٧ ـ إذا كانَ لرجلٍ على رجلٍ ألفُ درهم ، وللمدين على رجلين ألفُ درهم ، على كلِّ واحدٍ منهما خمسُمائة ، وكلٌّ واحد منهما كافلٌ ما على صاحبه ، فأحاله عليهما ، على أنْ يأخذَ الألفَ ممن شاء منهما ، هل تصحُّ الحوالة ؟ فيه وجهان ، ذكرهما ابنُ سُرَيْج :

أحدُهما : وهو اختيار القاضي أبي الطيِّب الطبريِّ : أنَّها لا تصحُّ ، لأنَّها زيادةٌ في حقِّ المحتال ، لأنَّه كان يطالبُ ذمةَ المحيلِ فقط ، (فصارَ)[1] يطالب ذمتين ، وهما المحالُ عليهما .

والثاني : يصحُّ ، وهو اختيارُ الشيخِ أبي حامد الإسفرابيني[2] .

المسألة الثالثة ـ [الكفالة في الحوالة] :

٧٨٨ ـ لو شرط في الحوالة أنْ يعطيه المحالُ عليه بالدين كفيلاً أو رهناً ، قال المتوليُّ : لا يصحُّ ، لأنها عقدُ إرفاقٍ ، ولم يحك فيه خلافاً .

☆ ☆ ☆

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وصار .

(٢) ذكر هذه الصورة بتمامها الشيخ أبو إسحاق الشيرازي في (المهذب : ١ / ٣٤٥) .

مسائل من الضمان

المسألة الأولى - [ضمان الدين] :

٧٨٩ - ضمانُ الدين الثابتِ اللازمِ متفقٌ على صحته ، ويصحُّ الضمانُ بغيرِ إذنِ المضمون عنه قولاً واحداً ، لأنَّ الإنسانَ يقضي دينَ غيره بغيرِ إذنه ، إذا اتفق على ذلك ربُّ الدين والأجنبيُّ المؤدي ، وإنما فائدةُ إذنِ المضمون عنه في الرجوعِ عليه بعد الغُرْم ، فيُنظر فيه ، فإنْ ضَمِنَ (عنه)[1] بغيرِ إذنه ، وأدى عنه بغير إذنه ، فلا رجوعَ قولاً واحداً .

٧٩٠ - وإن أذنَ له في الضمانِ والأداء ، ولم يَشترط الضامنُ عليه الرجوعَ بالغُرم[2] ، فله الرجوعُ على المذهبِ الصحيحِ ، وفيه وجهٌ بعيدٌ حكاه الإمام أنه لا بدَّ من اشتراطِ الرجوعِ ، وهو أنْ يقول له : اضمنْ عني ، وأدِّ عني ، (ولك)[3] الرجوعُ عليّ بعد الغرم .

٧٩١ - أما إن ضمنَ بإذنه وغرم بغير إذنه ، أو بالعكس ، فيه خلافٌ مشهورٌ ، والمختارُ عند الإمامِ والشيخ أبي نصر والبغويِّ أنَّه إذا ضَمِن بغير الإذن ، وغرم بالإذن ، أنَّه لا يَرجعُ ، والمنصوصُ أنه [١٢٧ / ب] إذا ضمنَ بالإذن وغرمَ (بغير)[4] الإذن أنه يرجع ، واختاره بعضُ الأصحاب[5] .

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) في نسخة ف : الرجوع عند الغرم بالغرم .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وله .

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وهو ضروري حسب تفريع المسألة .

(٥) انظر : المهذب : ١ / ٣٤٩ ، المجموع : ١٣ / ٤٦٩ ، وفي نسخة ف : وغرم بغير الإذن أنه لا يرجع . ونص عليها أيضاً في المهذب .

المسألة الثانية ـ [التبرع بالأداء] :

٧٩٢ ـ إذا تبرعَ أجنبيّ بإيفاء ما على زيدٍ من الدَيْن لعمروٍ ، من غيرِ علم المدين ، ولا رضاه ، ولا إذنه ، فلرب الدينِ أخذهُ إنْ شاء ، ولا يجبُ عليه أخذُه من الأجنبي .

٧٩٣ ـ هذا نصُ الإمام عليه في « نهايته » في مواضعَ ، ولم أظفرْ فيه بنقل غيره ، لا موافقاً ولا مخالفاً إلى الآن[1] ، وفي النفس منه شيءٌ ، فإنه إن علل عدم الوجوب بمنةٍ تلحقُ صاحب الدين ، فلسنا نسلمُ أنَّ فيه منةً عليه ، إنما المنةُ على المؤدى عنه ، وهو المدين ، وإنْ علَّل بأنَّه لو وجبَ على ربِّ الدين قبولُ الوفاء من الأجنبي عن المدين بغير إذن المدين ، فمتى قبض منه قدرنا دخول المقبوض (في ملك المدين)[2] تقديراً ، ليكونَ وفاءً عما في ذمته ، فيكادُ يكونُ (هبةً)[3] ، أو قريباً منها ، كما إذا كان يإذن المدين يقربُ من القرضِ ، إذا كان في صورة يرجعُ المؤدي عليه ، ولا يجوزُ إجبارُ ربِّ الدين على قبضٍ ، بل لزمه تقديرُ دخولِ المقبوض في ملك الغير بغير إذنه ، قلنا : يلزمُ على هذا جوازُ أخذِ ربِّ الدينِ الدينَ من الأجنبي ، فإنهما لو اتفقا عليه جازَ بلا خلافٍ من غيرِ رضا المدين ، ولا إذنهِ ، مع فرضِ دخولِ المال المقبوض تقديراً في ملك المؤدى عنه أولاً .

---

(١) نص الشيرازي على صورة تؤيد ما ذكره إمام الحرمين ، فقال : واختلف أصحابنا في رضا المضمون له ، فقال أبو علي الطبري : يعتبر رضاه ، لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لازم ، فشرط فيه رضاه ، كالثمن في البيع ، وقال أبو العباس : لا يعتبر ، لأن أبا قتادة ضمن الدين عن الميت بحسرة النبي ، ولم يعتبر النبي ﷺ رضا المضمون ، (المهذب : ١ / ٣٤٧) ، وانظر الأقوال في اشتراط قبول المضمون له ورضاه وعدم ذلك . وأن الأصح أنه لا يشترط قبوله ولا رضاه ، كما حققه النووي رحمه الله ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٠ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٤٣٨ ، شرح المحلي : ٢ / ٣٢٥) .

(٢) العبارة بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقطة من الأصل .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بينة .

٧٩٤ ـ ثم لسنا نسلمُ الاحتياج إلى تقديرِ دخولِ المال المقبوض في ملك المدين المؤدى عنه تقديراً ، فإنَّ الأصلَ عدمُ التقديرِ وعدمُ الاحتياج إليه ، إذ يمكنُ أنْ يُقالَ : إنَّه متى أدى الأجنبي من مالِ نفسه قدرَ الدين إلى رب الدين ، برئت ذمة المدين بمجرد الإعطاء ، من غير تقديرِ ملكٍ للمدين ، لأنَّ القولَ ببراءةِ الذمة حكمٌ شرعيٌ ، (فللشارعِ)[1] أنْ يقضي ببراءةِ ذمةِ زيدٍ بفعل عمرو ، وللنظر في ذلك (كله)[2] مجالٌ واحتمال .

المسألة الثالثة ـ [صفة الضمان] :

٧٩٥ ـ لو ضُمن الدينُ الحالُّ مؤجلاً بأجلٍ معلومٍ ، قَطع العراقيون بالجواز ، (لأنه إرفاقٌ)[3] ، وقطعَ المراوزةُ بالمنعِ ، لأنَّه يضمنُ ما عليه ، فهو تابعٌ للأصلِ ، فلو تغير وصفُ الدين الثابت عليه ، التفريع : إن قلنا : (بصحة ضمان الحال)[4] مؤجلاً ، فلو أحضره (إلينا)[5] الضامنُ قبلَ الأجلِ ، هل يُجبرُ المضمونُ له على القبول ؟ إنْ كان له غرضٌ صحيح في [١٢٨ / أ] الامتناعِ لم يُجبر ، وإنْ لم يكن له غرضٌ صحيح ، هل يجبر ؟ فيه قولان .

٧٩٦ ـ وإن قلنا : بفسادِ شرطِ الأجلِ في ضمانِ الدَّينِ الحالِ ، فهل يَفْسدُ الضمانُ بفساد الشرطِ ؟ أو يصحُّ الضمانُ حالاً ، ويلغو شرطُ الأجل ؟ فيه وجهان .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وللشارع .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وهو ما ذكره الشيرازي دونَ خلاف فيه ، فقال : ويجوز أن يضمن الدين الحال إلى أجلٍ ، لأنه رفق ومعروف ، فكان على حسب ما يدخل فيه ، (المهذب : ١ / ٣٤٨) .

(٤) ما بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : يصح الضمان .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف .

٧٩٧ ـ ولو ضُمن الدينُ المؤجلُ حالاً ، هل يصحُّ الشرط ؟ فيه وجهان[1] ، التفريعُ : إن حكمنا بفسادِ (الشرطِ ، فهل يفسدُ الضمانُ بفسادِ)[2] الشرطِ ؟ فيه وجهان ، فإنْ حكمنا بصحةِ الضمانِ ، (فهل)[3] يثبتُ حالاً على الضامن ؟ فيه وجهان ، أحدُهما : نعم ، وفاءً بالشرطِ ، والثاني : لا ، ليكون الفرعُ مضاهياً لأصله .

٧٩٨ ـ التفريعُ : إنْ قلنا : يكونُ الدَّينُ على الضامنِ حالاً ، طولب ناجزاً ، وإنْ قلنا : يكونُ مؤجلاً ، لم يطالب حتى ينقضي الأجلُ ، لكن هل يثبت الأجلُ في حقّ الضامن مقصوداً ، أم يثبتُ تبعاً لأجل المشابهة والمضاضدة ، فيه وجهان ، تظهر فائدتها بذكر مقدمة لا بد منها .

[موت الأصيل] :

٧٩٩ ـ وهي ما إذا ضمن الضامن الدَّينَ المؤجلَ (مؤجلاً)[4] ، فماتَ المضمونُ عنه ، وحلَّ الدَّينُ عليه بموته ، لم يحل الدينُ على الضامنِ بموت الأصيل وفاقاً ، وكذلك لو ضمن الدينُ المؤجلُ مؤجلاً ، فمات الضامنُ في أثناء الأجل حلّ عليه الدين ، مع أنَّ أصلَ الدين مؤجلٌ على الأصيل .

٨٠٠ ـ إذا عُرف هذا عُدنا إلى أصلِ المسألة ، فنقولُ : إنْ حكمنا بأنَّ الأجلَ (يثبتُ)[5] مقصوداً في نفسِه في حق الضامن ، فإذا مات المضمونُ عنه لم يحل الدَّيْنُ على الضامنِ ، وإنْ حكمنا بأنَّ الأجلَ لم يثبت مقصوداً ، بل تأخر

(١) أحدهما : يجوز ، كما يجوز أن يضمن الحال مؤجلاً ، والثاني : لا يجوز ، لأن الضمان فرع لما على المضمون عنه ، فلا يجوز أن يكون الفرع معجلاً ، والأصل مؤجلاً ، (انظر : المهذب : ١ / ٣٤٨) .

(٢) ما بين القوسين من هامش الأصل .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : هل .

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ثبت .

الطلبُ بحق المشابهة ، فإذا ماتَ المضمونُ عنه ، وحلَّ عليه الدينُ ، (فبموتـه)[1] توجه الطلبُ على الضامنِ أيضاً ، إثباتاً لحق التبعية[2] .

٨٠١ ـ ومما يتفرعُ على ذلك أنَّ الأجلَ إذا ثبتَ مقصوداً في حق الضامن ، فمات المضمونُ عنه ، وحكمنا بحلولِ الدَّين على الضامنِ ، وكانتْ تركتُهُ عنده وافيةً ، فقال ربُّ الدين : لا أطلبُ حقي من التركة ، فهل للضامنِ أنْ يقولَ له : إما أن تأخذَ حقَّك من تركتِه ، أو تخلصني من عهدةِ الضمان ، أو تبرئني عن الضمانِ ؟ فيه وجهان ، أظهرُهما في النقلِ أنَّ الضامنَ يُطالب الدينَ بتلك[3] ، والثاني ، وهو ظاهر القياس : أنَّه ليس له ذلك .

المسألة الرابعة ـ [في كفالة البدن] :

٨٠٢ ـ والصحيحُ الذي به الفتوى [١٢٨ / ب] صحتها ، (وثمرتُها)[4] أنَّها متى صحتْ لزمَ الكفيلَ إحضارُ المكفولِ في المكانِ الذي التزمه ، ويتعينُ المكانُ الذي عينه ، ومتى أحضره ، وسلمه إلى المكفولِ له ، أو إلى مجلسِ الحاكم ، خرجَ عن العهدة .

٨٠٣ ـ ولو لم يحضره الكفيلُ ، (فحضر بنفسه ، وسلمها برئ الكفيل)[5] ، ولو غابَ المكفولُ ، ولم يُعرف خبرُه ، ولا عُلم مكانُه ، لم يلزمِ الكفيلَ شيءٌ على الصحيحِ من المذهبِ .

٨٠٤ ـ وكذلك لو ماتَ المكفولُ لم يلزم الكفيلَ شيءٌ على المذهبِ

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) نص على ذلك الإمام الشافعي رضي الله عنه في (الأم : ٣ / ٣٠٤) .

(٣) العبارة في نسخة ف : أن للضامن مطالبة صاحب الدين بذلك .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أو ثمرتها ، وانظر : المهذب : ٢ / ٣٤٩ ، المجموع : ١٣ / ٣٨٤ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٣ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٤٤٥ ، شرح المحلي : ٢ / ٣٢٧ ، حاشية البجيرمي : ٣ / ٩٥ ، الأم : ٣ / ٣٠٤ .

(٥) العبارة بين القوسين زيادة من نسخة ف .

الصحيحِ[1] ، وفيه قولٌ أنه يلزمُه بدلُ حضورِه المعجوزِ عنه ، ثم في قَدْره وجهان ، أحدُهما : الدينُ بالغاً ما بلغ ، والثاني : يلزمُه ديةُ المكفول ، (لأنها)[2] بدلُ بدنه ، إلا إذا كانَ الدَّينُ أقل من الدية ، فلا يلزمُ إلا قَدْرُ الدَّينِ .

٨٠٥ ـ وإن عُلِمَ مكانُ المكفول في غيبته ، وجب على الكفيل السعيُ في إحضاره ، ويُمهل مدةَ الذهابِ والإياب ، فإنْ لم يُحضره حُبس الكفيل .

المسألة الخامسة ـ [رضا المكفول ببدنه] :

٨٠٦ ـ لا بدَّ في كفالةِ البدن من رضا المكفول (ببدنه)[3] على المذهبِ الصحيح[4] ، فإنه لو تكفل ببدنه ، دون رضاه ، ثم رامَ إحضارَه ، فللمكفول ببدنه أن يقولَ : لا تستحقُّ عليَّ حقاً تملكُ به إحضاري ، ولستَ وكيل خصمي ، ولا أَذِنتُ لك في الكفالة ، فأصيرُ بإذني ملتزماً موافقتك في الحضور .

٨٠٧ ـ هذا[5] كلُّه تفريعٌ على أنَّ كفالةَ البدنِ لا تُفضي إلى غُرْمِ مالٍ على الكفيل ، فأما إنْ قُلنا : إنَّ الكفيلَ بالبدنِ يغرمُ المالَ عندَ الموتِ ، أو العجزِ عن الإحضار ، صحتْ كفالةُ البدنِ بدونِ رضا المكفول ببدنه .

٨٠٨ ـ وذكر صاحبُ « التقريب » وجها غريباً ، أنَّه وإنْ قُلنا : لا يَغْرَمُ الكفيلُ مالاً أصلاً ، فتصحُ الكفالةُ بالبدن ، دون إذن المكفول ببدنه .

قال الإمامُ : وهذا لا اتجاهَ له إلا على سبيلٍ سأشير إليه ، وهو أنَّه إذا قالَ

---

(١) وهو المعتمد في المذهب ، والقول الثاني : يطالب بالمال بدلاً عن الإحضار المعجوز عنه ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٥ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٤٥١ ، شرح المحلي : ٢ / ٣٢٩ ، المهذب : ١ / ٣٥١) .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بدنه .

(٤) انظر : المهذب : ١ / ٣٥١ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٤ .

(٥) في نسخة ف : وهذا .

الرجل : قد تكفلتُ ببدنِ فلانٍ ، فقد أقرَ على نفسه ، ومطلقُ إقراره محمولٌ على كفالةٍ صحيحةٍ شرعاً ، وهذا مطّردٌ في كل عقدِ (تقرير)[1] المعنى مطلقاً ، فلو قال الكفيلُ بعدَ هذا : ما كان المكفولُ ببدنه أذنَ لي في الكفالة ، فقالَ المكفولُ له : أنتَ مؤاخذٌ بإقرارِك ، فإنَّك قد أقررتَ بالتزامِ إحضارِه ، فعليكَ الوفاءُ به ، فإذا جاءَ الكفيلُ يبغي إحضارَ المكفولِ ببدنه ؛ هل له ذلك ؟ فيه وجهان .

أحدُهما : نعمْ ، لأن المكفولَ ببدنه إذا قالَ (للكفيلِ)[2]: لم [١٢٩ / أ] آذَن لك في الكفالةِ ، أجابَه الكفيلُ بأنَّ مطالبةَ المكفولِ له إياي ، لا ينحطُّ عن توكيلِه إياي بإحضارك ، ولو أنَّه وكَّلني في إحضارِك لأحضرتك .

والوجهُ الثاني : أنَّه لا يملكُ إحضارَه ، لأنَّ المكفولَ ببدنِه يقول : لم يُوكلك[3] المكفولُ له لتحضرني نائباً عنه ، لكنه طالبك في نفسِك بالخروجِ عن عهدةِ قولٍ صدر منك .

قالَ الإمامُ : المسألة محتملةٌ جداً .

٨٠٩ ـ إذا تقررَ هذا قُلنا : إنْ صحَّ النقلُ في الوجهِ الغريبِ الذي نقله صاحبُ « التقريب » من أنَّ الكفالةَ بالبدنِ تصحُّ ، دونَ إذنِ المكفولِ ببدنه ، من غيرِ تقديرِ غُرمِ مالٍ ، فلا وجهَ له إلا إذا كانت الكفالةُ صادرةً عن إذنِ المكفولِ له ، فيكونُ إذن المكفولِ له مفيداً ما يُفيده التوكيل[4] بالإحضارِ ، غيرَ أنَّهما يفترقان في شيءٍ ، وهو أنَّ الوكيلَ في بابِ الوكالة له عَزْلُ نفسِه متى

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الكفيل .

(٣) في نسخة ف : ما وكلك .

(٤) في نسخة ف : يفيد ما يفيد التوكيل .

شاءَ ، وهذا الكفيلُ بإذن المكفولِ له ليس له إخراجُ نفسه عن عهدةِ ما التزمه دونَ بذل الوُسْع فيه ، لأنه التزمَ تحقيقَ ذلك ، فأُمِرَ[1] به لازماً على حسب الإمكان .

٨١٠ ـ قال الإمامُ : وكلُّ ما ذكرناه تكلُّفٌ ، والوجهُ القطعُ ببطلانِ الكفالةِ بالبدنِ دون إذنِ المكفولِ ببدنه ، ولا نرى للكفالةِ مصيراً إلى اقتضاء الغرم ، كما رتبناه ، فإنْ قيلَ : فلو تكفَّلَ ببدنِ رجلٍ بإذن المكفولِ له ، هل يملكُ إحضارَه وجهاً واحداً ، أم فيه خلاف ؟

قلنا : فيه وجهان ، خارجان على الخلافِ في تكفله ببدنه بغير إذن المكفول ببدنه ، لأن إذنَ المكفولِ له ليس على قصدِ الاستنابة ، بل الكفيلُ أرادَ أن يلتزمَ له حقاً ، فأذِنَ له فيه المكفول له .

المسألة السادسة ـ [الضمان للضامن] :

٨١١ ـ لو شرط ضامنُ الدين أن يعطيه المضمونُ عنه ضامناً آخرَ بما ضمنه ، هل يصح الشرط ؟ فيه وجهان ، فإن قلنا : لا يصح الشرط ، ففي فسادِ الضمان لفسادِ الشرط وجهان ، فإن قلنا : يصحُّ الشرطُ فعلى المضمونِ عنه الوفاء ، فإنْ لم يَفِ ثبتَ للضامن الفسخ .

المسألة السابعة ـ [تعدد الضامنين] :

٨١٢ ـ إذا حضر رجلان ، وقالا لربِ دين[2]: ضَمِنَّا ما لَكَ على فلان ، هل لربِ الدَّين مطالبةُ كل واحد منهما بجميع الدين ؟ فيه وجهان ، أحدهما : لا ، بل يطالبُ كل واحدٍ منهما بنصفه ، والثاني : قال المتوليّ ، وهو الصحيحُ :

---

(١) العبارة في نسخة ف : لأنه التزم تحقيقاً قام به .

(٢) في نسخة ف : الدين .

إنَّ كلَّ واحدٍ منهما يُطالبُ[1] بجميعِ الـدَّينِ ، [١٢٩ / ب] كما لو كان لهما عبـدٌ مشتركٌ ، فقالا : رهنا العبدَ منك بالألفِ الذي لـك على فلانٍ ، يكون نصيبُ كل واحدٍ منهما رهناً ، بجميع الألف .

٨١٣ ـ **قلت أنا :** الصحيحُ عندي والعملُ عليه : أنَّه لا يطالبُ كلٌّ واحدٍ منهما إلا بنصفِ الـدين ، لأنهما عقـدا عقـدَ الضمانِ جملـة بقـولهما ، فيتعـددُ بتعـددهمـا ، فيصيرُ كما لـو قـالا جملـةً : اشترينـا هـذا العبـدَ بـألف ، فقـال لهما المالكُ : بعتكما ، فإنَّ كلَ واحدٍ منهما مشترٍ نصفَ العبد فقط ، فكذا (هنـا)[2] في مسألتنا ، ويفارقُ مسألةَ الرهن ، لأنَّ الرهنَ لا يقتضي تبعيضَـه على الـدين (شرعاً)[3]، وههنا التزامهما بالوضعِ الشرعي اقتضى التنصيف .

مسائل من الوكالة

المسألة الأولى ـ [الموكل به] :

٨١٤ ـ كلُّ ما يقبلُ النيابةَ ، ولا يتعينُ (للإنسان)[4] أنْ يفعلَـه بنفسـه ، صحَّ التوكيلُ فيه ، ويخرجُ من هذا الإقرارُ الظـاهرُ ، منصوصُ الشـافعي جوازُ التوكيل فيه ، واختار ابنُ سُرَيْج المنع .

٨١٥ ـ فإنْ قلنا : إنه لا يصحُّ ، فهل يُجعلُ (مقراً)[5] بـالتوكيلِ[6]؟ فيـه

---

(١) في نسخة ف : مطالب .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الإنسان .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : مقرراً .

(٦) أي هل يجعل مجرد توكيله إقراراً بما وكل بـه ، ويلزم بـذلـك ؟ أم لا يلزم بـالإقرار إلا بعـد إقرار الوكيل بذلك ؟ فيه وجهان مبنيان على القول بجواز التوكيل بالإقرار ، أما على القول الثاني الـذي يمنع التوكيل بـالإقرار فـإن =

وجهان ، فإذا (صححناه)[1] لم يصح حتى يتبينَ قدرُ المقر به وجنسهُ .

٨١٦ ـ وكذلك تملُّكُ المباحاتِ ، كاستقاء الماء المباح والاصطيادِ والاحتطاب ، هل يصحُّ التوكيلُ فيها ؟ (فيه)[2] وجهان ، وجهُ المنع أنَّ الوكيلَ باستيلائه عليها ، يكونُ أحقَّ بها ، فيدخلُ في مِلك نفسهِ بنفسِ الاستيلاء[3].

المسألة الثانية ـ [الوكالة بكل شيء] :

٨١٧ ـ إذا قالَ : وكلتُك بكل قليلٍ وكثيرٍ لم يجز ، لأنّه غررٌ كبيرٌ[4] ، وإنْ قال : وكلتك (بما ليّ)[5] من تطليق زوجاتي ، وعتق عبيدي ، وقضاء ديوني ، واستيفاء حقوقي ، جاز ، لأنه فصَّل وقيَّد بما إليه ، فانتفى الغرر .

٨١٨ ـ ولو قال : وكلتُك بكل قليل (وكثير)[6] ، (مما لي)[7] من التصرفات ، فيه وجهان ، ولو قال : وكلتُك بمخاصمةِ غرمائي ، فيه وجهان ،

= مجرد التوكيل يعتبر إقراراً ، وصورة المسألة بعبارة أخرى أن فقهاء المذهب الشافعي اختلفوا في جواز التوكيل بالإقرار على قولين ، القول الأول : لا يجوز التوكيل بالإقرار ، وهو الأصح ، وينبني على ذلك أن هذا التوكيل الباطل يعتبر إقراراً ، وقيل لا يعتبر ، والقول الثاني : يجوز التوكيل بالإقرار ، ويبين جنس المقر به وقدره ، وبناء على ذلك لا يلزم الموكِلَ شيء إلا بعد إقرار الوكيل ، وقيل : يلزمه بنفس التوكيل ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٢١ ، شرح المحلي : ٢ / ٣٣٩ ، نهاية المحتاج : ٥ / ٢٥ ، حاشية البجيرمي : ٣ / ١٠٤) .

(١) اللفظ في الأصل وفي نسخة ف : صححنا .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) والراجح هو الوجه الثاني بالجواز ، لأن تملك المباحات أحد أسباب الملك ، فأشبه الشراء ، فيحصل الملك للموكل إذا قصده الوكيل .

(٤) هذا متفرع على شرط في الموكل فيه ، وهو أن يكون معلوماً من بعض الوجوه ، ولا يشترط علمه من كل وجه ، ولذلك يرد الخلاف في المسائل الآتية ، (انظر : مغني المحتاج ، المرجع السابق ، شرح المحلي : المرجع السابق ، نهاية المحتاج : ٥ / ٢٦ ، المهذب : ١ / ٣٥٧ ، حاشية البجيرمي : ٣ / ١٠٥) ، وفي نسخة ف : غرر كثير .

(٥) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : بما إلي .

(٦) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٧) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : بما إلي .

أحدُهما : الجوازُ ، لأنَّ الخصومةَ جنسٌ واحدٌ ، والثاني : لا ، لما فيه من الاختلافِ .

المسألة الثالثة - [الوكالة بما لا يملك] :

٨١٩ - لو قال : وكلتُك في طلاقِ امرأةٍ سأنكحها ، أو عتقِ عبدٍ سأملكهُ ، المذهبُ بطلانُ هذه [١٣٠ / أ] الوكالةِ .

وقال البغويُّ : لو قالَ : وكلتُك أنْ تطلقَ كل امرأةٍ أتزوجهُا ، أو تعتقَ كل عبدٍ أشتريه ، أو تبيعَه ، صح .

[المسألة][1] الرابعة - [تعليق الوكالة] :

٨٢٠ - تعليقُ الوكالةِ فيها وجهان[2] ، ومن جملةِ صورِها مالو قال : إذا تزوجتُ فلانةً ، فقد وكلتُك في تطليقها ، أو إذا اشتريتُ عبدَ فلانٍ فقد وكلتُك في بيعهِ أو عتقِه ، فيه وجهان .

٨٢١ - ولو قال : وكلتُك الآن ، ولكن لا تباشرِ التصرفَ إلا بعد شهرٍ ، أو بعدَ قدومِ زيدٍ ، قطعَ العراقيون بالجوازِ[3]، (وبه)[4] قطعَ بعضُ المراوزةِ .

[الوكالة الدورية] :

٨٢٢ - ومن جملةِ صورِ التعليقِ الوكالةُ الدورية ، وصورتُها أن يقولَ : كلما عزلتُك فأنتَ وكيلي ، فإنْ أبطلنا الوكالةَ المعلقَة على الشرطِ ، بطلت هذه

---

(١) اللفظ ساقط من الأصل ومن نسخة ف .

(٢) قال النووي رحمه الله تعالى : ولا يصح تعليقها بشرط في الأصح ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٢٣ ، شرح المحلي : ٢ / ٣٤٠ ، نهاية المحتاج : ٥ / ٢٨ ، المهذب : ١ / ٣٥٧ ، حاشية البجيرمي : ٣ / ١٠٦) .

(٣) وهو ماذكره الشيرازي دون أن يذكر خلافاً فيه ، (المهذب : ١ / ٣٥٧) .

(٤) الكلمة ساقطة من الأصل ، وموجودة في نسخة ف .

أيضاً ، وإنْ صححنا تعليقَ الوكالةِ ، صحت هذه الوكالةُ ، ومتى عزله عاد وكيلا ، وطريقُه في العزلِ أنْ يقولَ : (كلما)[1] عدتَ وكيلي فأنت معزول ، حتى يتقاوم العزل والوكالة ، فيمتنعُ التصرفُ ، لأنَّ الأصلَ عدمُه .

[المسألة][2] الخامسة ـ [عدم تعيين الثمن في البيع] :

٨٢٣ ـ إذا قالَ : بعْ هذا العبدَ ، ولم يُعين ثمناً وجبَ عليه بيعُه بثمنِ المثلِ ، وإنْ وجدَ زبوناً يشتريه بأكثرَ من (ثمنِ)[3] المثلِ لم يجز له بيعُه بثمنِ المثلِ[4].

[ثمن المثل والقيمة] :

٨٢٤ ـ واعلم أنَّ ثمنَ المثل هو ما ينتهي إليه رغباتُ المشترين ، على الصحيح من المذهبِ ، وفيه وجهٌ أنَّ القيمةَ صفةٌ قائمةٌ بالمُقَوَّم ، (ذاتيةٌ له)[5] ، فإنَّ الدفيعةَ تنقصُ تارةً ، وتزيد أخرى ، وتختلفُ باختلاف الأغراضِ ، فربَّ رجلٍ يُؤْثِرُ شراءَ شيءٍ بأضعافِ قيمته لأغراضٍ لا تخفى ، من تحلةِ قسمٍ ، أو صورةٍ ماسةٍ إلى ذلك ، أو حاجةٍ حافة إليه .

[البيع بغبن] :

٨٢٥ ـ فإنْ باعَه بغَبْن ، نُظِر[6]: إنْ كانَ قدرُ الغَبن مما جرتِ العادةُ بالتغابنِ فيه ، ولا يعدّونه غَبنا ، ويتسامحون فيه ، كدرهمٍ في عشرةٍ ، وعشرةٍ في مائة ، صح ، وإنْ كان قدرُ الغَبْنِ أكثرَ من ذلك لم يصح .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وكلما .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٣) اللفظ من هامش الأصل .

(٤) انظر تفصيل ذلك في (مغني المحتاج : ٢ / ٢٢٣ ، شرح المحلي : ٢ / ٣٤١ ، نهاية المحتاج : ٥ / ٣١) .

(٥) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : دانية له ، وانظر صفحة ٤٥٥ من هذا الكتاب .

(٦) في نسخة ف : بغير نظر .

وقال أصحابنا : العشرةُ ، وإن سُومح بها في المائة ، فلا تسامحَ بالمائة في الألف ، ولا (بالألف)[1] في عشرة (آلاف)[2] .

٨٢٦ ـ **قال صاحبُ الكتاب** عفا الله عنه : والصوابُ عندنا في هذا أن يُرَدَّ إلى العرفِ ، ولا يُضبطُ بعددٍ محصورٍ ، كعَشْرٍ[3] مثلا بالنسبة إلى عَشْرةٍ ومائة فقط ، دونَ ألفٍ وعشرةِ (آلاف)[4] وما بينهما ، فإنَّه تحكّمٌ محضٌ ، بل يقالُ : كل ما قضى العرفُ وأهلُه [١٣٠ / ب] فيه ، بأنَّه لا يُعدُّ غبناً (ويتسامحون)[5] به ، فلا غَبْنَ فيه ، ويصحُّ بيعُ الوكيلِ بدونه ، وما يحكمونَ فيه بأنه غَبْنٌ لا يصحُ البيعُ بدونه .

٨٢٧ ـ أما إذا قال له : بِعْ بما شئتَ ، فباع بدونِ ثمن المثل ، هل يصحُّ ؟ قالَ الإمامُ في كتاب النكاح ، في أثناء فصول المولى عليها ، إذا قالَ الموكل في البيعِ : بع بما شئت ، فللوكيلِ أنْ يبيعَ بما عزّ وهان .

٨٢٨ ـ ولو قالتِ المرأةُ لوليها : زوجْني ممن شئت ، ولم تتعرض لذكر الكفاءةِ ، ونقيضِها ، هل له تزويجُها من غير كفءٍ ؟ فيه وجهان ، أظهرُهما الجوازُ ، كمسألةِ البيعِ .

وقال المتولي : لو قالت (له)[6]: زوجني بما شئتَ من المهرِ ، أو بما شاءَ زوجي من المهرِ ، فزوّجها بأقلَ من مهرِ المثلِ ، صح ، كما لو قال : بع ما لي بما شئت .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بألف .

(٢) في الأصل : ألف ، وكذا في نسخة ف .

(٣) في نسخة ف : كعشرة .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ألف .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يساعون .

(٦) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(المسألة)[1] السادسة - [حقوق العقد في الوكالة] :

٨٢٩ - إذا وكَّل رجلٌ رجلاً في شراء شيء معينٍ فاشتراه ، إما بثمنٍ ، نص عليه الموكل ، أو بثمنِ المثل ، إذا كان مأذوناً له في الشراء مطلقاً ، والموكِلُ معتَرفٌ بتوكيله إياه ، فالمطالَبُ بالثمن منْ ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدُها : الوكيلُ فقط ، لأنَّه العاقدُ .

والثاني : الموكِل فقط ، لأنَّه المالكُ لهذه العين .

والثالثُ : أنَّه يتخيرُ في مطالبةِ من شاء منهما[2] .

٨٣٠ - فإنْ طالبَ الوكيلَ وغرّمه فالأصحُّ أنَّه يرجعُ على الموكِل ، وفيه وجهٌ أنَّه لا يرجعُ عليه ، لأنَّ قوله : اشترِ لي ، اقتراحٌ منه ، كقوله : أدِ[3] ديني ، وفي الرجوعِ فيه خلافٌ ، فكذا في حق الوكيل .

٨٣١ - ولو خرجَ المبيعُ مستَحقاً في يد الموكِل في شرائه ، وقد تَلِفَ الثمنُ في يدِ الوكيل في البيع ، فالمشتري يُطالب من ؟ فيه الأوجه الثلاثة .

ثم قرارُ الضمانِ ، على من ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدُها : على الوكيلِ ، فلا رجوعَ له على أحدٍ إذا غَرِم للمشتري ، لأنه تَلِفَ في يده ، والموكِلُ يرجعُ عليه .

والثاني : على الموَكِّلِ ، لأنَّ الوكيلَ مأمورٌ من جهته .

والثالثُ : لا رجوعَ لأحدِهما على الآخر ، بل كلُ منْ طولب ، استقر عليه .

---

(١) اللفظ ساقط من الأصل ، وموجود في نسخة ف .

(٢) انظر : المهذب : ١ / ٣٦٠ - ٣٦١ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢٣١ ، شرح المحلي : ٢ / ٣٤٦ ، نهاية المحتاج : ٥ / ٥٠ .

(٣) في نسخة ف : اقضِ .

٨٣٢ ـ والوكيلُ بشراء العبد ، لو قبضَ العبدَ المشتركَ ، فتلف في يده ، ثم خرجَ مستحقاً ، فالمستحِق يطالبُ المستحَق قولاً واحداً ، وفي مطالبةِ الوكيل والموكِل ؟ فيه الأوجهُ الثلاثةُ .

ثمَّ في قرارِ الضمانِ على مَنْ ؟ فيه الأوجهُ الثلاثةُ ، كما ذكرناه .

٨٣٣ ـ وقال الماورديُّ : إذا وكل رجلٌ رجلاً في شراء عبد ، فاشتراه الوكيل ، ودفعَ إلى البائع ثمنه من مال موكله ، ثم استُحِق العبدُ ، هل يكون [١٣١ / أ] الوكيلُ خصماً في الرجوعِ (بدَرْك الثمنِ على البائعِ بالوكالةِ الأولى ؟ فيه وجهان .

قال الماورديُّ : والصحيحُ عندي (من)[1] هذين الوجهين ، وهو أنْ يُنظرَ : إن استُحق من يدِ الوكيل (قبلَ)[2] وصولِه إلى يدِ الموكل ، كان الوكيلُ خصماً في الرجوع)[3] بدْركه ، وإنْ استُحق من يد الموكِل لم يكن الوكيلُ خصماً إلا باستئناف وكالةٍ ، (لأنَّه)[4] بحصولِه في يدِ الموكِل قد مضتْ[5] أحكامُ وكالته ، وانقطعت علتُه ، بخلافِ ما قبلَ الوصول .

المسألة السابعة ـ الوكيل بغيرِ جُعْل :

٨٣٤ ـ إذا ادعى الردّ على موكِله ، أو تَلِفَ المالُ في يدهِ بغيرِ تفريطٍ ، قُبل قولُه في ذلك[6] .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفيها زيادة بعده : غير ، وفي الأصل : عن ، في النص الأول ، وفي النص المكرر .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) مابين القوسين مكرر مرتين في الأصل .

(٤) اللفظ من عندي ، وفي الأصل : لأن ، وفي نسخة ف : لأن محصوله .

(٥) في الأصل زيادة لفظ : في ، هنا ، وليس موجوداً في نسخة ف .

(٦) وذلك لأن الوكيل أمين فيما في يده من مال الموكل ، والأمين يقبل قوله مع اليمين ، (انظر : المهذب : ١ / ٣٦٤ ، مختصر المزني : ٣ / ٥) .

٨٣٥ ـ ولو ادَّعى وارثُ الوكيلِ أنْ مُوَكِّلَه ردّ ذلك ، أو أنَّه تلف في يدِ مورثه من غيرِ تفريطٍ ، هل يقبلُ قولُ الوارثِ ؟ فيه وجهان ، الأصحُ أنه يقبلُ قولُه ، ولا خلافَ أنه إذا ادعى الوارثُ أنَّه ردَّ بنفسه ، أو أنه تَلِفَ في يده ، أعني يد الوارثِ ، لم يُقبل قولُه إلا ببينة .

[المسألة][1] الثامنة ـ [الدعوى بالوكالة بقبض الدين أو العين] :

٨٣٦ ـ إذا حضرَ رجلان (في)[2] مجلسِ الحكم ، فادعى أحدُهما على الآخر ، أن زيداً وكَّله في مطالبةِ هذا الحاضر بما له في ذمته ، أو في يده ، وفي قبضه ، واعترفَ المدعى عليه بذلك كلهِ ؛ المذهبُ المقطوع به صحةُ دعوى الوكيل بتصديق الخصم أنَّه وكيلٌ عن زيد ، ويجوزُ للمدعى عليه تسليمُ ما في ذمته ، أو في يده إلى هذا الوكيل ، ولا يجبُ عليه التسليم ، بتصديقه أنَّه وكيلٌ على المذهبِ الصحيحِ ، خلافاً للمزني ، لأنَّ الموكِلَ لو أنكر الوكالةَ لم تحصل براءةُ المدين .

وقال المزنيُّ : يجبُ عليه الدفعُ إليه ، لاعترافه بكونه مستحقا الاستيفاء بالوكالة[3] ، كما لو كان بيده مالُ ميتٍ ، واعترف لشخص بأنه وارثه ، (لا وارث)[4] له سواه ، فإنه يجبُ عليه الدفعُ إليه ، ولا يكلفه إقامةَ بينةٍ (عليه ، تشهدُ له)[5] بذلك .

---

(١) اللفظ من عندي ، وساقط من الأصل ومن نسخة ف .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) اقتصر المزني في كتاب الوكالة على نقل قول الشافعي دون تعليق عليه ، فقال : قال المزني : ولو قال رجل لفلان عليّ دين ، وقد وكل هذا بقبضه . لم يقض الشافعي عليه بدفعه ، لأنه مقر بتوكيل غيره في مال لا يملكه ، ويقول له : إن شئت فادفع أو دع ، ولا أجبرك على أن تدفع ، (مختصر المزني : ٣ / ١٠) .

(٤) العبارة زيادة من نسخة ف ، وساقطة من الأصل .

(٥) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : بينة تشهد .

٨٣٧ ـ وعما ذكره المزنيُّ جوابان :

الأول : لا نسلِّمُ في مسألةِ الميراثِ ، فإنَّ بعضَ أصحابنا ذهبَ إلى أنه لا يجبُ التسليمُ بمجردِ التصديقِ ، كما في مسألة الوكالة .

الجوابُ[1] الثاني : بعدَ التسليم أنَّ الفرقَ بينهما اعترافُه للوارثِ بالملك ، وغير المالك لا يتوقع منه دعوى معتدٌ [١٣١ / ب] بها ، أما إنكارُ الموكل فمتوقَعٌ مَسْموعٌ معتدٌّ به .

مسائل من كتاب الإقرار

٨٣٨ ـ قد ذكرنا منها قواعدَ حسنةً في الدعاوى والبينات ، من هذا الكتاب ، ولنذكر قدراً يسيراً منها الآن ، فإن اتفقت إعادةُ شيء مما ذكرناه لم تضرّ الإعادةُ ، وإن لم يتقدم ذكرهُ هناك ظهرتِ الفائدةُ وتضاعفت .

المسألة الأولى ـ [الإقرار بالعين] :

٨٣٩ ـ من شرط الإقرار بالعين أن تكونَ في يدِ المقر حالةَ الإقرارِ ، بل لو أقرّ لزيدٍ بعين في يد عمرو صحَّ هذا الإقرارُ ، وحُكِمَ على المقِرِ بموجَب إقراره ، وعُمل متى صارت العينُ المقَر بها في يد المقِر ، (في أي وقتٍ كان ، يدَ انتقال ، لا يدَ عاريةٍ ولا رهنٍ ولا استئجار ، نعم ، من شرط إعمال الإقرار ، في حالِ الإقرار ، كونُ العين المقَرِ بها في يد المقِر)[2] ، فتنتزع من يدِه وتُسلَّمُ إلى المقَرِ له[3] .

---

(١) في نسخة ف : والجواب .

(٢) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٣) يبدو أن الكلام في الأصل متعارض بين المبدأ والقاعدة وبين التفريع والتمثيل عليها ، ويزول هذا التعارض =

المسألة الثانية - [الإقرار بالدين] :

٨٤٠ - قالَ إمامُ الحرمين : إنْ كانَ الدينُ المقر به أمكنَ وقوعُه للمقَرِ لـه ، بتقديرِ فرضِ المقِر وكيلاً في المعاملةِ الملزمةِ قُبلَ الإقرارَ بـه ، وصحَّ ، وإنْ كان الدينُ ثبتَ في جهـةٍ لا يُتصوَرُ فيهـا تقـديرُ نيابـةٍ ، كالصـداقِ في حقِ المرأةِ ، وبـدلِ الخلع في حقِ الزوج ، فـلا يُتصـورُ الإقرارُ بثبـوتِ أصـلِ الحـقِ ، فـإنَّـه لا يُفرضُ[1] انتقالُ هذا النوعِ من الـدَّينِ ، وفي سـائرِ الـديونِ ، إلا بتقـديرٍ مع الدين ، (وفي)[2] صحته قولان .

فالإقرارُ به إذن مخرّجٌ عليها ، هذا لفظُ الإمام .

وقال الماورديُّ : إذا أقرَ بدينٍ لـه في ذمـةِ رجل أنّـه لفلان صحَّ الإقرارُ ، إلا في الزوجة إذا أقرت بصداقِها لغيرها ، والزوجُ يقِرُ بما خـالعَ عليـه زوجتـه أنَّه لغيره ، والمجنيُّ عليه يقِرُ بأنَّ أرشَ جنايته لغيره ، ومالكُ بهيمـةٍ يقر بحملهـا (للغير)[3].

٨٤١ - فـإن قـالَ : صـارَ لفلانٍ ، صح في الصـداقِ والخلـعِ ، ولم يصـح في الحملِ ، وكان في أرشِ الجناية على اختلاف حالين :

إنْ كانَ له دراهمُ أو دنانير صحَّ ، وإن كانَ إبلاً لم يصح .

= بالزيادة من نسخة ف ، وبما بيّنه الخطيب الشربيني على المنهاج فقال : وليكن المقر به من الأعيان في يد المقر حسا أو شرعاً ، ليسلم بالإقرار للمقر لـه ، لأنـه إذا لم يكن في يـده كان كلامـه إمـا دعوى عن الغير بغير إذنـه ، أو شهـادة بغير لفظهـا فلا تقبل . تنبيـه : كونـه في يـد المقر شرط لإعمـال القرار وهـو التسليم لا شرط لصحتـه ، فـلا يقـال إنـه لاغ بالكلية ، فإنـه إذا حصل بيـده لزمـه تسليمـه . (انظر : مغني المحتـاج : ٢ / ٢٤٥ - ٢٤٦ ، شرح المحلي : ٣ / ٧ ، نهـايـة المحتاج : ٥ / ٨٣) .

(١) في نسخة ف : لا يتصور .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : في .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لغير .

٨٤٢ ـ **قالَ صاحبُ الكتاب** عفا الله عنه : ما ذكره الماورديُّ حسنٌ صحيحٌ ، وما ذكره الإمام فيه نظرٌ ظاهرٌ ، بيانُه هو أنَّه قال : إنّ الصداقَ وبدلَ الخلع ، لا يتصورُ الإقرار به ، لأنَّه لا يُفرضُ نقلُه إلى الغيرِ إلا ببيعِ الدين ، وفيه قولان ، فكذا الإقرارُ به يكون على القولين ، قلنا : لا شكَّ أنَّ الحوالةَ صحيحةُ عندنا بلا خلافٍ ، وللزوجةِ أنْ تُحيلَ [١٣٢ / أ] بصداقها الثابتِ في ذمة زوجها مَنْ له دينٌ عليها مساوٍ للصداقِ في قدرِه وجنسهِ وصفتِه ، فإذا أقرت بالصداقِ لزيدٍ مثلا أمكنَ فرضُ انتقالِ الصداق إلى زيدٍ بحوالةٍ صحيحة شرعية لازمة صدرتْ من الزوجةِ ، والإقرارُ يُحْملُ على أصحِ محملٍ ، يمكنُ (فرضه ، إعمالا)[١] لكلام المقرِ ، وصوناً له عن الهَدْر ، وتوفرِ الحقِ المقر (به)[٢] عليه الذي (أظهرَه)[٣] إقرارُ المقرِ للمقَر له .

٨٤٣ ـ وهذا الذي ذكرناه لا جوابَ عنه ، والذي ذكره الماورديُّ هو المعتَمدُ ، والذي ذكره الإمامُ سبقه[٤] به ، صورةً ومعنى ، الجرجانيُّ ، فإنه ذكره ، كما ذكره الإمامُ ، في بعضِ مصنفاته التي وقفنا عليها ، ولا أعتمدُ على ما ذكره[٥] هذان (الإمامان)[٦] بعدَ نقلِ ما ذكره الماورديُّ ، وإيضاحه بالدليل الواضح .

المسألة الثالثة ـ [الإقرار بالمجهول] :

٨٤٤ ـ اتفقَ جمهورُ الأصحاب على قبولِ الإقرار بالمجهولِ ، بخلافِ الدعوى

---

(١) العبارة في نسخة ف ، وفي الأصل : فرضها عمالاً .
(٢) اللفظ من عندي ، لأجل تصحيح العبارة ، وفي الأصل ونسخة ف : له .
(٣) اللفظ من عندي ، وفي الأصل ونسخة ف : أظهر .
(٤) في نسخة ف : شبّهه .
(٥) في الأصل ونسخة ف : ذكراه .
(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الأمان ، وسقطت مافي منتصف الكلمة خطأ .

بالمجهولِ ، فإنَّها غيرُ مقبولةٍ ، وقد ذكرناه في ذلك نقلاً وبحثاً في (باب)[1] الدعوى من هذا الكتاب ما أغنى عن إعادته .

[الدعوى بالمجهول] :

٨٤٥ ـ ومما ذكرنا[2] هناكَ في هذا ، ونحن نعيدهُ لنعقبَه بما لم نذكرْه ، أنَّ البغويَّ قالَ : إذا ادَّعى على رجلٍ أنَّه أقرَ له بشيءٍ ، ولم يُبَيِّنْه ، لم تُسمع الدعوى مجهولةً إلا في الوصيةِ ، إذا ادعى أنَّه وصى له بشيء ، ولم يبين ، تُسمع ، وتسمعُ شهادةُ الشهودِ بذلك .

ولو ادّعى عليه مالاً معلوماً ، (فشهدا)[3] على إقرارِه أنَّ له عليه شيئاً ، أو قالا : نعلمُ أنَّ له عليه مالاً ، ولكن لا نعلمُ قدرَه ، هل تسمعُ ؟ فيه وجهان .

[صيغة الإقرار بالمجهول] :

٨٤٦ ـ إذا عرفتَ هذا فاعلم أنَّ صيغةَ الإقرارِ بالمجهولِ أنْ يقولَ : لفلانٍ عليَّ شيءٌ ، فيطالب بتفسيره ، فإنْ فسّره بما يُتمولُ ، قُبل[4] .

وإنْ قالَ : له عليَّ مالٌ ، فهو مجهولٌ ، لكنَّه أقلُّ جهالةً من لفظةِ الشيء .

وإن قالَ : له عليَّ دراهمُ ، فهو مجهولٌ في كميتها فقط .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كتاب . (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٤٧ ، نهاية المحتاج : ٥ / ٨٦ ، شرح المحلي : ٣ / ٧) ، وانظر : صفحة ١٨٤ في الباب الثالث في الدعاوى والبينات .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ذكرناه .

(٣) في الأصل : شهد ، سقطت الألف في آخر اللفظ سهوا ، وكذا في نسخة ف .

(٤) انظر : الوجيز : ١ / ١٩٧ ، مغني المحتاج ، المرجع السابق ، نهاية المحتاج ، المرجع السابق ، شرح المحلى ، المرجع السابق .

٨٤٧ ـ ففي الإقرارِ بالشيء ، لو فسَّره بقصاصٍ أو حدِ قذفٍ ، قُبل على أصحِ الوجهين ، ولو فسَّره بميتةٍ أو سِرْجينٍ ، أو كَلْبٍ مُعلم ، فيه وجهان[١] ، ولو فسّره بخمرٍ أو خنزير ، لم يقبلْ على الظاهرِ[٢] ، وفيه وجه .

أما لفظةُ « المالِ » إذا فسَّرها بالقصاصِ وحدّ القذف والميتةِ والسرجينِ والكلبِ المُعَلَّمِ لا يُقبل منه قولاً واحداً[٣] ؛ لأنَّها ليست بمالٍ .

وأما لفظةُ « الدراهم » فلا يقبلُ فيها تفسيرٌ إلا في العددِ ، ولا يقبلُ أقلُّ من [١٣٢ / ب] ثلاثةِ دراهمَ عندنا ، وإن فسَّرها بالنقصِ كالطبرية[٤] : إنْ كان مُنفصلاً لم يُقبل ، إلا إذا كان في بلدٍ يُعتادُ فيها التعاملُ بها ، ففيه وجهان[٥] ، وإن كانَ متصلاً هل يُقبل ؟ فيه وجهان[٦] .

وإن فسَّرها بالمغشوشةِ متصلاً قُبلَ ، ومنفصلاً : إنْ كانَ لا يُتعامل بها في بلدِ الإقرار لم يُقبل ، وإنْ كانَ يُتعامل بها ؟ فيه وجهان ، الأصحُّ أنه يُقبل .

[اختلاف المقر والمقر له في التفسير] :

٨٤٨ ـ ثم مهما أقرَّ بالشيء وفسَّره بما يقبلُ منه كدرهمٍ مثلاً ، فقال المقَرّ

---

(١) والأظهر القبول ، لأنه شيء لازم ، (انظر : الوجيز : ١ / ١٩٧ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢٤٧ ، نهاية المحتاج ، المرجع السابق) .

(٢) اقتصر عليه الغزالي في الوجيز ، المرجع السابق ، وانظر المراجع السابقة .

(٣) انظر : الوجيز ، المرجع السابق ، مغني المحتاج : ٢ / ٢٤٨ ، نهاية المحتاج : ٥ / ٨٩ ، شرح المحلي : ٣ / ٨ .

(٤) في نسخة ف : كالناصرية .

(٥) انظر : الوجيز ، المرجع السابق ، مغني المحتاج : ٢ / ٢٥٠ ، نهاية المحتاج : ٥ / ٩٠ ، شرح المحلي ، المرجع السابق .

(٦) اقتصر الغزالي في ذلك على القبول دون إشارة للخلاف ، وأن حكم المنقوصة والمغشوشة الآتية سواء ، (انظر : الوجيز ، المرجع السابق ، مغني المحتاج ، المرجع السابق ، نهاية المحتاج ، المرجع السابق ، شرح المحلي ، المرجع السابق) .

لـه : لمْ تُرِدْهُ بلفظـك ، وإنمـا أردتَ أكثرَ منـه ، قـال الإمـام : قـال المحققون : لا يُقبل هـذا الكلام من المقرّ لـه ؛ لأنـه لا يـدعي مـزيـداً ، وإنمـا ينـازعُ في إرادةٍ ، بل ينبغي أنْ يقـولَ : أردتَ عشرةً ، وهي لي عليـك ، فـإذا أنكرَ المقِرُّ استحقـاقـه لتسعـةٍ مثلاً ، حلف لـه بـالله ، (إنَّـه)[1] لا يستحقُ عليـه التسعـةَ الزائدةَ ، ولم أُرِدْ بقولي « شيءٌ » غيرَ الدرهم الذي فسَّرته به .

ومن أصحـابنـا من قـال : تُقبل دعـوى المُقَرّ لـه في الإرادة المجردةِ ، وهـو ضعيفٌ .

٨٤٩ ـ وقـال البغويُّ : إذا أقرَ بشيء ، وفسَّره بـدرهمٍ مثـلاً ، فـادَّعى المقَرُ له عليه ، أنَّه أرادَ غيرَ هذا ، أو أكثرَ منـه ، لم يُسمع حتى يبين قـدرَه وجنسـه ، فإنْ بيَّن قدراً ، وقـال أردتَـه بلفظـك ، وهو لي عليـك ، فـالقولُ قولُ المقِرِ مع يمينه ، يحلفُ بالله ، إنه ما أرادَ إلا درهماً ، ولا يلزمُه أكثرَ منـه ، ويجمع بينهما في اليمين .

فإنْ نكلَ حلفَ (المقَرُ له)[2] على استحقاقِ ما ادعاه عليه ، ولا يحلف إنَّه أرادَ بلفظِه هذا ؛ لأنَّـه لا اطلاعَ (لـه عليـه ، لأنَّـه لا يطلَّعُ)[3] على ضميره ، بخلافِ وارثِ المقِر ، وخلَّفَ وارثاً ، قـام مقـامَـه في التفسيرِ ، فـإذا فَسَّرَ الوارثُ بدرهمٍ ، فادعى المقَر لـه عشرة ، حلفَ الوارثُ بـالله ، إنَّ مورثَـه مـا أرادَ أكثَرَ من هذا ، لأنه خليفَةُ المورث ، وقد يطلعُ منه على مالا يطلع عليه غيرُه .

٨٥٠ ـ وهـذا بخلافِ الـوصيـةِ ، إذا أوصى لـه بشيءٍ غير معلـوم ، وبينـه

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) اللفظ من عندي ، وفي الأصل : المقر ، وهو خطأ ، لأنه يتنافى مع المعنى والسياق .

(٣) العبارة بين القوسين زيادة من نسخة ف .

الوارثُ ، فادّعى الموصى له أكثرَ منه ، حلفَ الوارثُ بالله ، إنه لا يعلمُ أنَّ الموصى له يستحق أكثرَ من هذا ، ولا يحلفُ على ما أراده الموصي ، لأنَّ الإقرارَ إخبارٌ عن كائنٍ معلومٍ ، فجازَ أنْ يطلعَ عليه الوارثُ ، والوصيةُ إنشاءُ أمرٍ على الجهالةِ ، فكانَ بيانُه على الوارثِ .

٨٥١ ـ وإن فسّرَ المقِرُ الشيءَ بدرهمٍ ، فادعى المقَرُ له : أردتَ به ديناراً ، واستحقَّه عليك ، فهذا دعوى خلافِ جنسِ ما فسَّره المقرِ ، فيحلفُ بالله ، إنه لا يلزمُه الدينارُ ، وأنَّه أراد بالشيء درهماً ، هذا ما حكاه البغويُّ ووافقه عليه المتولي [١٣٣ / أ] .

مسائل من الغصب

المسألة الأولى ـ [ضمان المغصوب] :

٨٥٢ ـ المغصوبُ إنْ[١] كان مِثليا وجبَ ردُّه بعينه ، فإنْ كانَ عبداً فهربَ وجبَ عليه دفعُ القيمةِ إلى المغصوبِ منه للحيلولة .

٨٥٣ ـ ثمَّ إذا أخذَ للحيلولة لم يُزل ملكُه عن العبدِ عندنا ، بل ملكُه في العبد دائمٌ مستمرٌ ، وأما القيمةُ التي أخذَها للحيلولةِ ، هل يملكها أيضاً ؟ جمهورُ الأصحابِ قالوا : إنَّه يملكُها[٢] ، وفيه وجهٌ محكيٌّ عن القفَّالِ أنَّه لا يملكُ القيمةَ التي أخذها للحيلولة ، لأنَّ العبدَ باقٍ على مِلكه ، فيؤدي إلى الجمعِ بين ملكِ البدَلِ والمُبْدَل .

قال الطبريُّ : وأصحُ الوجهين أنَّ المالكَ يستحقُ مطالبةَ الغاصب بأجرةِ

---

(١) في نسخة ف : إذا .

(٢) وهو ما ذكره أبو إسحاق الشيرازي ، واقتصر عليه ، (المهذب : ١ / ٣٧٥) .

منفعةِ العبدِ المغصوبِ في مدة الغَصْب ، مع أنه قد أخذَ القيمة (منه)[1] للحيلولة ، فيملكُ القيمةَ ، ويملكُ أجرةَ المنافع[2].

٨٥٤ ـ قال المتولي : ولو غصبَ أُمَّ ولدٍ ، فأبقَت من يدِ الغاصبِ ، فأخذَ المالكُ منه القيمةَ للحيلولة ، ثم ماتَ المالكُ ، عُتِقَت بلا شك ، فهل يرجعُ الغاصبُ (بالقيمة)[3] على تركة المالكِ (المغصوبِ منه)[4]؟ فيه وجهان ، الصحيحُ نعم ، خلافاً لأبي عاصم العبادي .

٨٥٥ ـ فلو أعتقها السيدُ مباشِراً ، أو كان المغصوبُ عبدا ، والمسألةُ بحالها ، فاعتقه السيدُ ، رجعَ الغاصبُ بالقيمةِ التي دفعها إلى المالكِ ، للحيلولة .

٨٥٦ ـ **قال صاحبُ الكتاب** عفا الله عنه : هذا كلامُ المتولي ، ولم يحكِ في المسألةِ الأخيرةِ خلافاً ، والفرقُ بين عتقِ أُم الولد بموته وبين إعتاقِه ظاهرٌ .

٨٥٧ ـ ومما فرعتُه على هذه المسألة ، مالم أظفر به منقولاً ، وهو أنَّه إذا استَحَقَ المغصوبُ منه مطالبةَ الغاصبِ بقيمةِ العبد (المغصوبِ)[5] الهاربِ للحيلولة ، واتفقا على قيمة العبدِ الهارب ، فلو عوّضَه عن القيمةِ جاريةً مثلاً ، لاشَك في جوازه .

٨٥٨ ـ فإذا تعوَّضَ عن القيمةِ جاريةً وقبضها ، إنْ قلنا : لا يملكُ القيمةَ ، (لو قبضها ، لم يجز وطءُ الجاريةِ والاستمتاعُ بها بنظرٍ ولا قبلةٍ وغيرها ، وإنْ قلنا : يملكُ القيمةَ)[6].

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) انظر : المهذب : ١ / ٣٧٤ ، ٣٧٦ .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٤) العبارة زيادة من نسخة ف .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٦) مابين القوسين زيادة من نسخة ف .

فهل نقولُ : إنَّه مَلَكَ الجاريةَ ملكاً تاماً مُسَلَّطاً له على الوطء ؟

هذا فيه ترَدُّدٌ عندي ، وللنظر فيه مجالٌ ، ولم أصادفْه إلى الآن منقولاً ، فإن تجدد ظفرٌ به ألحقته بالحاشية[1] إن شاء الله تعالى .

المسألة الثانية - [قيمة المغصوب] :

٨٥٩ - إذا غصبَ مِثلياً كقفيزٍ من حنطةٍ ، وأقامَ في يده (مدة)[2] ثم تلفَ ، والحنطةُ موجودةٌ في البلدِ ، ومضى على ذلك زمنٌ ، ثم (أعوزه)[3] المثلُ ، وكان الرجوعُ إلى القيمةِ ، فأيُّ قيمةٍ تعتبرُ ؟ فيه تسعةُ أوجهٍ [١٣٣ / ب] مجموعةٍ ، يندرجُ منها واحدٌ في ثلاثةٍ ، ويبقى بغيرِ اندراج ثمانيةٌ ، منها ثلاثةُ أوجهٍ ذكرها الشيخُ (أبو علي)[4] .

أحدُها : أنه يجبُ أكثرُ القيمةِ من يومِ الغصبِ إلى يومِ اعوزاز المثلِ .

والثاني : أكثرُ القيمةِ من يومِ الغصبِ إلى يومِ تلفِ العينِ[5] .

والثالثُ : تجبُ القيمةُ يومَ المطالبةِ .

٨٦٠ - وقال أبو الطيب بنُ سلمة[6] عبارةً حسنةً في هذه المسألة ، قال : إذا عَدَلنا عن المثل إلى القيمةِ عند الاعوزاز ، (فهل)[7] الواجبُ قيمةُ المغصوب ،

---

(١) في نسخة ف : على الحاشية .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أعوز .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أبو حامد .

(٥) ذكره أبو إسحاق ، واقتصر عليه ، (انظر : المهذب : ١ / ٣٧٥) .

(٦) هو محمد بن المفضَّل بن سلمة بن عاصم الضبي ، أبو الطيب البغدادي ، الفقيه الشافعي ، كان من كبار الفقهاء ومتقدميهم ، أخذ الفقه عن ابن سريج ، وكان موصوفاً بفرط الذكاء ، وصنف كتباً عديدة ، توفي سنة ٣٠٨ هـ وهو غض الشباب ، وأبوه أبو طالب المفضل اللغوي ، صاحب التصانيف المشهورة في فنون الأدب ومعاني القرآن ، (انظر : طبقات الفقهاء : ١٠٩ ، وفيات الأعيان : ٣ / ٢٤٣ ، إنباه الرواة على أنباء النحاة ، للقفطي : ٣ / ٢٩٨) .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فهذا ، وهو تصحيف .

أو قيمةُ مثله بعد تلفه ؟ فيه وجهان :

إنْ قلنـا : قيمـةُ المغصوبِ ، وجبَ أقصى القيمِ من يومِ الغصبِ إلى يومِ التلف .

وإنْ قلنا : قيمةُ مثلِ المغصوبِ ، اعتبر أقصى القيم من تلف المغصوب إلى انقطاع المثل واعوزازه .

٨٦١ ـ فأحدُ هذين الوجهين المنسوبين إلى أبي الطيب بنِ سلمة ، (وهو)[١] إيجابُ أقصى القيم من يومِ الغصب ، إلى يومِ التلف ، مندرجٌ تحت الوجوهِ الثلاثة التي ذكرها الشيخ أبو علي ، فإنَّ هذا الوجهَ أحدُها ، فإذا ضممنا الوجهَ الثاني لأبي الطيب بنِ سلمة الذي لم يندرج تحتَ تلك الوجوهِ الثلاثةِ صار مجموعُها أربعةَ أوجه .

٨٦٢ ـ وزاد القاضي (حسين)[٢] وجهاً خامساً ، وهو اعتبارُ قيمته يومَ انقطاعِ المثلِ .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : هو .

(٢) في الأصل : حسن ، وهو تصحيف عن القاضي حسين الذي يقصد عند اطلاق لفظ القاضي وهو ماجاء في نسخة ف ، وممن اشتهر باسم القاضي حسن مايلي : الحسن بن محمد بن العباس ، القاضي الإمام الجليل أبو علي الزجاجي ، المتوفي في حدود الأربعمائة هجرية ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٣٣١ ، طبقات الفقهاء ، الشيرازي : ص١١٧) ، ومنهم : الحسن بن الحسين بن محمد بن الحسين بن رَامين ، القاضي أبو محمد الاسْترابادي ، نزيل بغداد ، المتوفي سنة ٤١٢ هـ ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٣٠٤ ، البداية والنهاية : ١٢ / ١١) ، ومنهم : الحسن بن أحمد ، المعروف بالحداد البصري ، القاضي أبو محمد ، وهو المذكور في كتاب الأقضية من شرح الرافعي ، وله كتاب في أدب القضاء ، دلّ على فضل كبير ، وحدث فيه عمن لحق أصحاب الإمام أحمد بن حنبل ، وله كتاب في الشهادات ، وفيها فوائد (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٣ / ٢٥٥) ، قال الشيرازي في (طبقات الفقهاء : ١٢٠) : لا أعلم على من درس ولا وقت وفاته ، ومنهم : الحسن بن عبد الله ، وقيل : عبيد الله مصغراً ، وهو القاضي أبو علي البَنْدنيجي صاحب الذخيرة ، وأحد العظماء من أصحاب أبي حامد الإسفراييني ، وله عليه تعليقة مشهورة ، وكان فقيهاً عظيماً ورعاً حافظاً للمذهب ، وله مؤلفات كثيرة في المذهب والخلاف ، ودرس ببغداد سنين ، وتوفي في البندنجين ، بلدة في طرف النهروان سنة ٤٢٥ هـ ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٣٠٥ ، طبقات الفقهاء : ١٢٩) .

٨٦٣ ـ وذكر بعضُ الأصحابِ وجهاً سادساً ، وهو اعتبارُ قيمتِـه يومَ[1] تلفِ المغصوب .

٨٦٤ ـ وذكر الشيخُ أبو محمـدٍ ثلاثـةَ أوجـهٍ نسقـاً ، مخـالفـةً للوجـوه الستـة المذكورة ، فقال : أحدُها : أنّـا نعتبرُ أقصى القيم من يومِ انقطـاع المِثل إلى يوم الطلبِ ، والثاني : أقصى قيمةِ المِثلِ من وقتِ ما تلِفَ المغصوبُ إلى الوقتِ الـذي تعـذرَ التغريمُ فيـه ، والثـالثُ : أنـا نعتبرُ الأقصى من يـومِ الغصبِ إلى يـومِ التغريم .

٨٦٥ ـ قال الإمـامُ : الأصحُّ من هـذه الوجوه كلِّهـا اعتبـارُ أقصى القيم من الغصبِ إلى انقطـاعِ المثلِ[2] ، والـوجـهُ الأول من وجـوهِ شيخي أبي محمـد غَلـطٌ محضٌ لا شـكَّ فيـه ، ولا يشـوبُـه صـوابٌ ، والـوجـهُ الثـاني من وجـوهِ شيخي أبي محمـد يجمـع أحـدَ وجهي أبي الطيب بن سلمـة ، مـع مـزيـدٍ لم يَصر إليـه أبو الطيب ، والمزيـدُ خطـأ لا شـك فيـه ، وهـو اعتبـارُ الأقصى بعـد انقطـاعِ المثل ، والوجه الثـالث من وجوه شيخي أبي محمـد [١٣٤ / أ] (يجمع)[3] أصحَّ الـوجـوهِ التسعـةِ ، (وهـو)[4] اعتبـارُ الأقصى من الغصبِ إلى انقطـاع المثـل ، ويزيدُ عليـه زيـادةً ، وهو اعتبـارُ الأقصى بعـد الانقطـاع إلى التغريم ، وهـذه الزيادةُ خطأ لا شك فيه ، فإذن الوجهُ الأولُ من وجوه شيخي أبي محمد خطـأ محض ، لا يشوبُه صواب ، والوجهان الآخران من وجوهِـه يتضمنـان ضم خطـأ إلى مسلكٍ من الصواب وزيادة عليه بما هو باطل .

---

(١) في نسخة ف : وقت .

(٢) وهـو مـا عليـه التحقيـق في المـذهب ، (انظر : مغني المحتـاج : ٢ / ٢٨٣ ، شرح المحلي : ٣ / ٣١ ، نهايـة المحتاج : ٥ / ١٦٣ ، حاشية البجيرمي : ٣ / ١٣٣) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وساقط في الأصل .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : هو .

قال الإمامُ : وكلٌّ هذا مفروضٌ فيا إذا غصبَ مثلياً ، وأقامَ في يده مـدةً ، ثم تلف ، (ثم انقطع)[1] المثـلُ بعـدَه ، أمَّـا إذا أتلفَ على إنسـانٍ شيئـاً من غير فرض غَصْبٍ احتوى باليد ، فيه وجهان .

أحدُهما : يُعتبرُ أكثرُ القِيم من يومِ التلف إلى يوم الانقطاع .

والثاني : أنَّه يُعتبرُ من يومِ الانقطاع .

وينقدحُ وجهٌ بالتضعيف ، وهو اعتبارُ القيمة يومَ التغريم .

[تعريف المثلي] :

٨٦٦ ـ فإنْ قيل : إذا كانَ الواجبُ في الغصبِ ردُّ المثلِ إنْ كان مثليـاً ، أو القيمةِ إذا لم يكن مثلياً ، فما المثليُّ ؟

قلنا : اختلف أصحابُنا في حَده ، واختارَ الإمامُ والغزاليّ أنَّـه الـذي تتماثلُ أجزاؤه في القيمةِ والمنفعةِ ، من حيث الذاتُ ، لا من حيث الصنعة[2] .

٨٦٧ ـ وهذا **عندي** منقوض بالعنب والرطب ، فـإن أجزاءهمـا متماثلـة في القيمة والمنفعة ، من حيث ذاتها ، وليسا من ذواتِ الأمثالِ على الصحيح .

٧٦٨ ـ وقيل في حدّه : كلُّ موزونٍ أو مكيلٍ ، وهو منقوضٌ بـالمعروضـات على النارِ والمعجونات .

٨٦٩ ـ وقيل : كل مقـدَّرٍ بـالوزنِ والكيلِ يجوزُ السلم فيـه ، ويجـوزُ بيـعُ بعضِه ببعض .

٨٧٠ ـ قلت أنا : هذا عندي أصحُّ ما قيل في حدِّ المثلي .

---

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : انقطع .

(٢) عبارة الغزالي في (الوجيز : ٣ / ٢٠٨) : وحد المثلي ما تتماثل أجزاؤه في المنفعة والقيمة ، من حيث الـذات لا من حيث المنفعة ، والأظهر أن الرطب والعنب والدقيق مثلي .

٨٧١ ـ قالَ الإمامُ : هـذا حـدُّ القفـالِ ، قـال : وحـذفَ بعضُ الأصحـابِ الشرطَ الآخر ، وهو جوازُ بيـعِ بعضـه ببعض[1] ، ونشـأ من إثبـاتِ هـذا الشرط الأخيرِ ونفيه خلافٌ بين الأصحاب في أنَّ الرطبَ والعنبَ ، ومـا في معنـاهـا ، مما تتماثلُ أجزاؤه ، لكن يمتنعُ بيعُ بعضِـه ببعضٍ ، هل هو من ذوات الأمثـال ، حتى يجب على متلفه مثلُه ؟

٨٧٢ ـ وقـال القـاضي حسين : يَرِدُ على حـدِّ القفَّـال ، القماقمُ المـوزونـةُ والملاعقُ والمغـارفُ[2] ، فـإنَّهـا مـوزونـةٌ يجـوزُ السلمُ فيهـا ، ويجـوزُ بيـعُ بعضهـا ببعض ، وليست مثليةً ، لكونها مختلفةَ الأجزاء ، ويندرُ اتفـاقَ اثنين منهـا على الصفاتِ .

٨٧٣ ـ والفقهُ المرعي عندنـا في حـدِّ ذواتِ الأمثـالِ تَسـاوي [١٣٤ / ب] الأجزاء في المنفعـة والقيمـةِ ، وإلى هـذا مـالَ العراقيـون ، ولم يتعرضـوا للسَّلَم ، وقَضوا بأنَّ الرُّطَبَ والعنبَ من ذواتِ الأمثالِ ، وكذا الدقيقُ . وإنمـا امتنعَ بيعَ بعضِ الرطبِ ببعضٍ ، وكذلك العنبُ ، تعبـداً ، وكلامُنـا فيما تتماثلُ أجزاؤه في الصفاتِ والمنافع .

٨٧٤ ـ هـذا جملـةُ مـا ذكره الإمـام عن الشيخ القفَّـالِ والقـاضي حسين والعراقيين وما اختـاره لنفسـه ، وقـد ذكرنـا أنَّ الأصحَّ عنـدنـا حـدُّ القفَّـال ، وما نقضَه القاضي حسين عليـه بـالقَماقم الموزونـةِ والملاعِق والمغـارف فلسنـا نسلّمُ جوازَ السلم فيها أصلاً ، فقد نص الشافعيُّ رضي الله عنه ، وأصحابُه بعدَه ، على منعِ السلمِ في المنائرِ والأصطـالِ الضيقـةِ الرؤوس ، ومـا يشتملُ على اختلافٍ في

(١) وهو ما فعله الإمـام النووي في المنهـاج فقـال : « والأصح أن المثلي مـا حصره كيل أو وزن ، وجـاز السلم فيه » ، (مغني المحتاج : ٢ / ٢٨١ ، شرح المحلي : ٣ / ٣١ ، نهـايـة المحتـاج : ٥ / ١٦١) ، وانظر : حـاشيـة البجيرمي : ٣ / ١٣٢ .

(٢) في نسخة ف : والورق .

تكوينه واستدارته وضيقِ وسطه ، واكتنازِ أعلاه وأسفله[1] .

٨٧٥ ـ ولا شك أنَّ القماقم مختلفةٌ كذلك اختلافاً كثيراً ، لا ينضبطُ بوصفِ واصفٍ ، وهي أكثرُ اختلافاً من المنائرِ والأصطالِ ، وكذلك نصَّ الشافعي وأصحابُه على منعِ السلمِ في النُّبل المنحوت قبل ريشه[2] ، وعلَّلوه باختلافِه في دقته وغِلظه ، في أسافلِ السهمِ ووسطِه وفوقِه ، والملاعقُ بيِّنةُ الاختلافِ في دقةِ يد الملعقة وضيقِ رأسِها ، واتساعه وعمقه وانبساطِه ، فلا نسلِّمُ صحةَ السلم فيها ، وهكذا المغارف .

٨٧٦ ـ وأما العنبُ والرطبُ فالذي اختارَه معظمُ العراقيين ، ومن المراوزةِ الشيخُ أبو عاصم[3] والهرويُّ والبغويُّ أنَّها ليستْ مثليةً ، وكذلك الثمارُ الرطبة ، وعللوه بأنَّه لا يجوزُ بيعُ بعضِه ببعضٍ ، واختاروا في حَدّ المثلي : كلُّ مكيل أو موزون يجوزُ بيعُ بعضِه ببعض ويصحُّ السلمُ فيه ، وقالوا : الدقيقُ ليس مثلياً على الأصحِّ ، لأنَّه لا يجوزُ بيعُ بعضه ببعض .

٨٧٧ ـ والتحقيقُ (عندنا)[4] في هذه المسألةِ هو أنْ يُقالَ : هذا الاختلافُ الواقعُ بين الأصحابِ في المثلي : إن أُريدَ به ما يترتبُ عليه من الحكم الشرعي ، وهو بيعُ بعضه ببعض ، فلا خلافَ في مذهب الشافعي أنَّ بيعَ الرطبِ بالرطبِ غيرُ صحيح[5] ، وخلافُ المزني في هذا مذهبٌ له ، ليس بمذهبِ الشافعي في هذه المسألة ؛ لأنَّه لم يُخرّجها على أصلِ إمامه .

---

(١) انظر : الأم ، الشافعي : ٣ / ٨٩ ، ١١٦ .

(٢) انظر : الأم : ٣ / ١١٦ .

(٣) في نسخة ف زيادة : العبادي .

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٥) انظر : الأم : ٣ / ٢١ ، مختصر المزني : ٢ / ١٥١ .

وكذلك بيعُ الخبزِ بالخبزِ غيرُ صحيح قولاً واحداً ، فبطلانُ البيعِ فيه يدل على أنه غير مثليّ .

٨٧٨ ـ وإن أُريدَ به ردُّ مثلِه على مُتْلفِه عاد الخلافُ إلى [١٣٥ / أ] أنّ من أتلفَ عيناً على رجل ، ما الذي يَغْرم له ؟ منهم من قال : مثلَه ، ومنهم من قال : قيمته .

فمن قالَ بردِّ مثله ، وعلله بكونه مثلياً ، لم يُرد بالمثلي فيه ما أراده الأئمة بالمثلي في باب الربا ، لأن المثليّ في باب الربا هو ما يجوزُ بيعُ بعضِه ببعض ، سواءً بسواءٍ ، إن اتحدَ الجنسُ ، ويداً بيد ، إن اختلفَ الجنسُ ، وهو المراد بقول رسول الله ﷺ : « مِثْلاً بمثْلٍ »[1] وإنما أرادَ بردِّ المثْلِ في باب الغصبِ ردَّ مثله ، لأنه أقربُ إلى حقه مثلا ، وأرفقُ لصاحبه ، وقد عُلم في بابِ القرضِ أنَّه إذا اقترضَ ما لا مثلَ له قولاً واحداً كالحيوان ، قال الأصحابُ هل يردُّ مثلَه أو قيمتَه ؟ فيه وجهان ، ولم يُريدوا برد مثلِه على أحد الرأيين[2] أنّ الحيوانَ مثليّ ، إنَّما أرادوا مثلَه أي مثلَ صورته في نوعيته ، لأنَّه في الجملةِ أقربُ إلى حق المقرض ، وإن كانَ (الخِلاف)[3] واقعاً في حقيقة المثليّ عند المتكلمين ، وما هيته ، لا في أحكامٍ شرعية تترتبُ عليه ، فلا مجالَ للخلاف فيه ، لأنّ المِثْلين عند المتكلمين عبارةٌ عن الشيئين المشتركيْن في أخصّ صفاتِ النفس ،

---

(١) هذا جزء من حديث رواه البخاري ومسلم والشافعي ومالك عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه ، بلفظ « لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ، ولا تشفعوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز » ورواه النسائي وأبو داود وأحمد بألفاظ أخرى ، (انظر صحيح البخاري بحاشية السندي : ٢ / ١٠ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ١١ / ٩ ، بدائع المنن : ٢ / ١٧٤ ، الموطأ : ٣٩١ ، سنن أبي داود : ٢ / ٢٢٤ ، سنن النسائي : ٧ / ٢٤١ ، سبل السلام : ٣ / ٣٧ ، التلخيص الحبير : ٣ / ٧ ، نيل الأوطار : ٥ / ٢١٥) .

(٢) في نسخة ف : القولين .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الخلا ، وقد سقطت الفاء سهواً .

ويمكنُ أن يُعبرَ عنهما بحدٍّ واحدٍ شارحٍ لحقيقتهما ، ولا شكَّ أنَّ هذا يشملُ الحيواناتِ وغيرَها ، وردُّ الخلافِ بين أصحابنا إلى الأحكامِ الشرعيةِ متعينٌ ، فمعنى قولِهم هذا مثليّ ، أو ليسَ بمثلي في باب الغَصب ، معناه أنَّه : هل يجبُ على متلفه ردُّ مثله ، أم ردُّ قيَمته ؟ ومعنى قولهم : مثلي في باب الربا أنَّه يجوزُ بيعُ بعضِه ببعضه متساوياً إن اتحدَ الجنسُ ، ويداً بيد مع التفاضلِ إن اختلف الجنس ، (والعلمُ عند الله تعالى)[1].

مسائل من الشفعة

٨٧٩ ـ قد ذكرنا فيما تقدمَ من كتابنا هذا في الدعوى بالشفعةِ طَرَفاً من قاعدتها[2]، ولنذكر الآن ، زيادةً على ذلك ، ما نرجو نفعَه إن شاء الله تعالى .

المسألة الأولى ـ [المأخوذ بالشفعة] :

٨٨٠ ـ إنَّ المأخوذَ بالشفعةِ كلُّ شِقصٍ بيعَ من عقارٍ يُجبرُ الممتنعُ فيه على قسمته ، هذا هو المذهبُ[3].

وقال ابنُ سُرَيْج : تثبتُ الشفعةُ في كل عقارٍ لدفعِ ضررِ المداخلةِ على التأبيدِ ، وقيلَ : عكسُ مذهبِ ابن سُرَيْج ، والتفريعُ على المذهب بعد هذا .

٨٨١ ـ فلو كانت صغيرةً [١٣٥ / ب] بين شريكين ، لواحدٍ عشرُها ،

---

(١) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٢) فقرة ١٦٨ ، ٣٥٤ وما بعدها ، ٦١٠ ، ٧٠٩ .

(٣) اختلف فقهاء الشافعية في علة ثبوت الشفعة على قولين ، الأول : أن علة ثبوت الشفعة دفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق ، وهو الأصح ، والثاني : أن العلة دفع ضرر الشركة فيما يدوم ، وهو قول ابن سريج ، قال النووي : وكل ما لو قسم بطلت منفعته المقصودة كحمام ورحى لا شفعة فيه في الأصح ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٩٦ وما بعدها ، شرح المحلي : ٣ / ٤٣ ، نهاية المحتاج : ٥ / ١٩٤ ـ ١٩٧ ، المهذب : ١ / ٣٨٤ ، حاشية البجيرمي : ٣ / ١٣٧) .

وللآخرِ تسعةَ أعشارها ، ليس لصاحبِ العشر إجبارُ شريكه على القسمة على الأصح ، لأنَّه تعنتٌ بغير فائدةٍ ، فلا جرمَ لا شفعةَ لصاحبه إذا باعَ العشرَ ، ولصاحبِ التسعةِ أعشار إجبارُ صاحبِ العشرِ على القسمة على الأصحِّ ، فلصاحبه الشفعةُ إذا باع التسعةَ الأعشارَ ، وإنْ قلنا : لا إجبارَ على القسمةِ في الجانبين فلا شفعةَ من الطرفين .

[شقص جدار] :

٨٨٢ ـ ولو بيع شِقْصٌ في جدارٍ عريضٍ مع الأساسِ ، هل تثبتُ فيه الشفعةُ للشريك ؟ فيه وجهان .

أحدُهما : نعم ، لأنَّه قد بيعَ مع الأرضِ ، فصارَ كالدارِ [والبناء][1] .

والثاني : لا ، لأنَّ الأرضَ في الحائطِ تبعٌ له ، والحائطُ منقولٌ ، ولا شفعةَ في المنقول[2] .

[السفل والعلو] :

٨٨٣ ـ ولو كان سفلُ دارٍ لواحدٍ ، وعلوُها مشتركٌ بين صاحبِ السفلِ وبين آخر ، فباع صاحبُ العلو شِقْصاً من العلو ، إنْ كان السَقفُ لصاحبِ السفلِ فلا شفعةَ في العلو للشركاء في العلو ، وإنْ كانَ السَقْفُ لشركاء العلو ، هل تثبتُ الشفعة لهم ؟ فيه وجهان[3] .

[الدار والممر المشترك] :

٨٨٤ ـ ولو كان لرجلٍ دارٌ لا شريكَ له فيها ، وإليها ممرٌ مشتركٌ بين

(١) في الأصل : والباغ ، وهو تحريف لا معنى له ، واللفظ ساقط من نسخة ف .

(٢) والوجه الثاني هو الأصح ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٩٦ ـ ٢٩٧ ، نهاية المحتاج : ٥ / ١٩٦) .

(٣) الوجه الأول لا تثبت فيه الشفعة ، لأنه لا يتبع أرضاً ، والثاني : تثبت ، لأن السقف أرض لصاحب العلو يسكنه ويأوي إليه فهو كالأرض ، (انظر : المهذب : ١ / ٣٨٤) .

جماعةٍ ، وليس لمالكِ الدار في الممرِ شيءٌ ، فإذا باعَ صاحبُ الدارِ الدارَ من غيرِ مُلاَّكِ الممرِ ، (فلا شفعةَ)[1] لملاكِ الممرِ ، على المذهبِ الصحيحِ[2] .

٨٨٥ ـ وقالَ ابنُ سُرَيْج من أصحابنا : تثبتُ الشفعةُ في الدارِ المبيعةِ لملاكِ الممر ، وهو مذهبُ (أبي)[3] حنيفة[4] ، ومالكٍ[5] ، (وعلته)[6] أنَّ الدارَ ، والحالةُ هذه ، تبعٌ للممرِ عندهم ، والأولُ أصحُّ ، لأنَّ الدار غيرُ مشتركة والممرُ مشتركٌ ، (وغيرُ المشتركِ لا يتبعُ المشتركَ)[7] .

٨٨٦ ـ ولو كان مالكُ الدارِ منفرداً (بذلك)[8] ، يملكُ مِنَ الدربِ المشتركِ حصةً شائعةً مع بقيةِ ملاكِ الدربِ ، والدربُ هو الممرُ ، وهو مُنسَدُّ الأسفل ،

---

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : لا شفعة .

(٢) انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٣٩٨ ، شرح المحلي : ٣ / ٤٤ ، نهاية المحتاج : ٥ / ١٩٩ ، حاشية البجيرمي : ٣ / ١٣٨ ، المهذب : ١ / ٣٨٤ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أبو ، وهو صحيح على الحكاية .

(٤) أصل الاختلاف بين الإمام الشافعي وأبي حنيفة أن الأول أثبت الشفعة للشريك فقط دون الجار ، بينما أثبتها الثاني للشريك وللجار ، فثبتت الشفعة للخليط في نفس المبيع ثم في حقه كالشرب والطريق الخاصين ثم لجار ملاصق ، ولو كان بابه في سكة أخرى ، انظر في مذهب الحنفية كتاب : (درر الحكام : ٢ / ٢٠٨ ، رد المحتار : ٦ / ٢١٧ ، نتائج الأفكار : ٧ / ٤٠٦ ، بدائع الصنائع : ٦ / ٢٦٨١ ، مختصر الطحاوي : ١٢٠) .

(٥) مذهب الإمام مالك في استحقاق الشفعة للشريك فقط دون الجار ، كمذهب الإمام الشافعي ، خلافاً لما نقله المصنف رحمه الله تعالى ، قال ابن رشد : ذهب الإمام مالك والشافعي وأهل المدينة إلى أن لا شفعة إلا للشريك ما لم يقسم ، وقال الشيخ الدردير : وجار لا شفعة له ، وإن ملك تطرقا أي انتفاعاً بطريق الدار التي بيعت كمن له طريق في دار يتوصل بها إلى داره ، فبيعت تلك الدار ، فلا شفعة له ، وكذلك لو ملك الطريق ، وقال ابن جزيء : أن يكون الشفيع شريكاً ، فلا شفعة لجار خلافاً لأبي حنيفة ، (انظر : بداية المجتهد : ٢ / ٢٧٨ ، بلغة السالك : ٢ / ٢١٠ ، حاشية العدوي : ٢ / ٢٢٨ ، حاشية الدسوقي على الدردير : ٣ / ٤٧٣ ، ٤٧٤ ، قوانين الأحكام الشرعية : ٣١٣ ، مسالك لدلالة : ٢٦٠) ، وقال الشيخ ميارة : « لا شفعة للجار ، والقول بثبوت الشفعة له شاذ ، بل قال ابن الماجشون : من الخطأ الذي ينقض به حكم العدل العالم الحكم بالشفعة للجار » ، (شرح ميارة على تحفة الحكام : ٢ / ٤٥) .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وعليه .

(٧) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٨) اللفظ زيادة من نسخة ف .

فباع مالكُ الدارِ الدارَ مع حصته الشائعة في المر من أجنبي ، ليس يملكُ من المر شيئاً ، لم يخلُ ، إما أنْ يكونَ للدارِ ممرّ آخر ، أو لا[1].

إنْ كان لها ممرّ آخر ثبتتِ الشفعةُ لشركاء المرِ في المرِ خاصة ، لا في الدارِ ، لأنَّ الدارَ تبقى منتفعاً (بها)[2] بالطريقِ الأخرى[3].

وإنْ لم يكن لها ممرّ غيرَ المرِ المشتركِ ، هل تثبتُ الشفعةُ لشركاء المرِ ؟ فيه ثلاثةُ أوجهٍ ، في الثالثِ ، تثبتُ بشرطِ أنْ يمكنوا المشتريَ من حقِّ الاجتيازِ في المر ، اجتيازاً فقط ، دونَ أنْ يملكَ عليهم شيئاً من نفسِ المر[4].

المسألة الثانية ـ [الشفعة لصبي] :

٨٨٧ ـ إذا بيعَ شقصٌ من عقارٍ محتملٍ للقسمةِ ، فيه شركةٌ [١٣٦ / أ] لصبيٍ ، إنْ كانَ الأحظُّ للصبي في أخذِه بالشفعةِ ، وجبَ على الأبِ أخذَه ، فإنْ لم يفعل ، وردَّ الشفعةَ ، فللطفلِ بعد رُشده أخذُه ، وإنْ كانَ (الأحظُّ)[5] في التركِ لم يجزْ له الأخذُ ، ولو أخذَ كانَ باطلاً .

٨٨٨ ـ فإذا بلغَ الصبيُّ ورَشَدَ ، هل لهُ الأخذُ ؟ فيه وجهان ، المشهورُ من المذهبِ لا ، فإنْ تساوى الأخذُ والتركُ في الحظِّ ، فيه ثلاثةُ أوجهٍ ، الثالثُ : يتخير الأبُ .

٨٨٩ ـ وحيث قلنا : للصبي أخذُ الشفعةِ بعدَ بلوغه ، فإذا طلبَ من المشتري الأخذَ ، فقال : أبوكَ سلَّم الشفعةَ في صغركَ ، وأنت تعلمُ ، قال

---

(١) في نسخة ف : أو لا يكون ، فإن .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) المراجع السابقة في الصفحة ٦٤٦ هامش ٢ .

(٤) المراجع السابقة .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لاحظ .

الهرويُّ : قال ابنُ القاص : يحلفُ بالله ، إنَّه لا يعلمُ أنَّ أباه (سلم)[١]، وقالَ سائرُ أصحابنا : لا يمينَ عليه ، وهو الأصحُّ (لأنَّه)[٢] لا يجوزُ للأبِ تسليمُها ، قالَ : والأصلُ في هذا الاعتبار باعتقادِ الحاكمِ ، فإنْ رأى تحليفَه حلَّفَه ، وإنْ رأى تركه لم يحلفه ، لأنَّ العفوَ عن الشفعةِ في هذه المسألة مختلَفٌ فيه بين أهل العلم .

٨٩٠ ـ **قلت أنا :** الأصحُّ في هذا عندنا أنَّ الأخذَ في حال الصبي إنْ كانَ أحظَّ للصبي وجبَ على الأبِ الأخذُ قولاً واحداً ، فعلى هذا لا تُسمع دعوى المشتري أنَّ الأبَ تركها ، وإنَّما هذا الخلافُ ينزلُ على ما إذا كانَ يجوزُ للأبِ الأخذُ ، ويجوزُ له التركُ في صورةٍ تُفْرضُ كذلك ، فيتجه الخلاف والحالةُ هذه ، (فإنْ تساوى الأخذُ والتركُ والحظُّ ، فيه ثلاثة أوجه ، الثالثُ يتخيرُ الأبُ)[٣].

[المسألة][٤] الثالثة ـ [الشفعة للحمل] :

٨٩١ ـ إذا ماتَ أحدُ الشريكين عن حملٍ فباعَ (الشريكُ الآخرُ)[٥] حصتَه لم تثبتِ الشفعةُ للحملِ ، ولا بعدَ خروجه حيا .

٨٩٢ ـ ولو ثبت لرجلٍ أخذُ شقصٍ مبيعٍ بالشفعةِ ، ثم ماتَ قبل التمكن من أخذه ، وخلَّفَ حملاً ، ثم خرج الحملُ حياً ثبتتِ الشفعةُ له ، ويأخذ بها[٦]

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : سلمه .
(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أنه .
(٣) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل ، ولكن سبق ذكرها قبل عدة أسطر ، ف ٨٨٨ .
(٤) لفظ المسألة غير موجود في الأصل ، وغير موجود في نسخة ف .
(٥) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : أحد الشريكين .
(٦) اللفظ في نسخة ف : ويأخذها .

وليةُ ، وهل للولي الأخذُ قبل (الانفصالِ)[1]؟ فيه وجهان ، اختـار ابنُ سُرَيْج أنَّه لا يجوزُ الأخذُ في حال اجتنانه .

وقال المتولي : إذا وقفنا الميراثَ لأجلِ الحمل ، (وكانَ)[2] من جملةِ التركـة شقصٌ ، فباعَ الشريكُ حصته ، هل تثبتُ الشفعةُ للولي ؟ فيه وجهـان ، فـإنْ قلنـا : لا تثبتُ في حـالِ اجتنـانِ الحملِ ، فلو انفصلَ الجنينُ حيـاً ، هل للـولي أخذُ الشقصِ بالشفعةِ ؟ فيه وجهان .

[المسألة][3] الرابعة ـ [العوض عن الشفعة] :

٨٩٣ ـ إذا ثبتتِ الشفعةُ لشفيعٍ ، فأخذَ عنها عوضـاً من المشتري ، المـذهبُ أنَّه لا يجوزُ ، خلافاً لأبي إسحاق المروزي .

ثم إذا فرعنا على بطلانِ أخـذِ العِوَضِ سقطتْ شفعتُـه ، ولا عوضَ إنْ عَلِمَ بطلانَ ذلك ، وإن ظنَّ الصحـةَ ، وكان ممـا يجوزُ أنْ يخفى عليـه ذلـك ، ففي سقوطِ شفعتِه وجهان ، الأصحُّ : أنَّها لا تسقطُ .

[المسألة][4] الخامسة ـ [تصرف المشتري بالشقص] :

٨٩٤ ـ كلُّ تصرفٍ يصـدرُ من مشتري[5] [١٣٦ / ب] (الشقص ، من بيـعٍ

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الانقضاء .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، ومن الأصل : فكان .

(٣) (٤) الكلمة سقطت من الأصل ، ومن نسخة ف .

(٥) ينتهي الكلام هنـا في ورقـة ١٣٦ / أ ، من الميكروفيلم المـأخـوذ عن الأصـل ، ثم ينتقـل الكـلام إلى ورقـة ١٣٧ / ب ، فالمصور لم يأخذ لقطة لظهر الورقة ١٣٦ ، ووجه الورقة ١٣٧ ، وقـد تعـذر الرجوع إلى الأصل المخطوط في دار الكتب المصرية ، لأن الدار وضعت معظم المخطوطات في صناديق حديدية ، ونقلتهـا إلى مخـابئ ومخـازن سريـة ، نظراً لظروف الحرب مع العدو الصهيوني اللئيم . ولذلك فقد اعتمـدت في هـاتين الصفحتين على نسخـة ف التي أحضرتهـا من المكتبة الأهلية في باريس : ورقة ١٤٤ / ب ، ١٤٥ / أ ، ١٤٥ / ب ، ١٤٦ / أ .

أو هبةٍ أو وقفٍ ، يُنظرُ : إن باعَ ، فالشفيعُ بالخيارِ بينَ أنْ يأخذَ الشقصَ من المشتري الثاني ، أو ينقض شراءه ، ويأخذ من المشتري الأول .

وقال أبو إسحاق المروزي : ليسَ له نقضُ بيعِ المشتري الأولِ ، لأنَّه يقدرُ على أخذه من الثاني ، فليسَ لَه نقضُ شرائه .

وحكى الشيخُ أبو علي وجهاً غريباً : أنّه متى باعَ المشتري الأولُ الشقصَ نفذَ بيعهُ مطلقاً ، وبطلَ حقُّ المشتري من الشفعةِ ، ولم يتجدد له حقٌّ ، قريباً ولا بعيداً .

أما إنْ وهبَ أو وقفَ ، (وفرعنا)[1] على المذهبِ ، تَسَلَّطَ الشفيعُ على إبطالها[2] ، وعلى قياسِ مذهبِ أبي إسحاق في البيعِ أنَّه لا يسقطُ حقُّ الشفيع ، لكنْ يأخذُ من المشتري الثاني ، اختلفَ الأصحابُ على وجهين :

أحدُهما : بطلانُ الشفعةِ بالهبةِ ، ولا سبيلَ إلى نقضها .

والثاني : أنّ الشفيعَ ينقضُ الهبةَ ، وإن كانَ على رأي أبي إسحاق لا ينقضُ البيعَ الصادرَ من المشتري الأول .

٨٩٥ ـ والفرقُ في أن البيعَ يمكّن تقريرَهما ، ويأخذُ الشفيعُ من الثاني بالثمنِ الذي أخذه ، ولا يفوتُ عليه شيء ، بخلافِ الهبة ، فإنّه لو لم يَنْقضْها بطلَ حقُّ الشفيعِ من الشفعةِ ، ولا يمكنُ القولُ بأخذِ الشقص بالشفعة عن ملكٍ حصل بهبة ، كما في أصلِ الشفعة[3] .

أما إذا وقفَ المشتري الشقصَ فالمذهبُ أنَّ للشفيعِ نقْضَه وأخذَه بالشفعة ،

---

(١) اللفظ من عندي ، وفي نسخة ف : أو فرّعنا .

(٢) تبدأ ورقة ٤٥ / أ من نسخة باريس .

(٣) انظر تفصيل هذا الموضوع في المهذب : ١ / ٣٨٩ .

وحكى القاضي أبو الطيِّب الطبريُّ في « المجرد » عن الماسَرْجِسي[1] أنَّه قال : إنَّ الشفعةَ تبطلُ بالوقف ، هكذا حكاهُ الشيخُ أبو نصر ، ثم قال : وهذا ليس بصحيحٍ ، ورأيتُ في « الذخائر » لمُجَلّي[2] ، قالَ : المذهبُ أنَّ للشفيعِ إبطالَ الوقفِ ، والأخذَ بالشفعةِ ، قال : وطعنَ بعضُ الناس على الشافعي ، فقالَ : أجازَ هذه المآخذ ، قال : وحكى القاضي أبو الطيِّب عن الماسَرْجسي أنه حكى قولاً عن الشافعي أنَّ الشفعةَ تبطلُ بالوقفِ .

٨٩٥ / ٢ ـ قلت أنا : هكذا حكاه مجلّي عن الماسَرْجسي قولاً عن الشافعي ، والذي حكاه أبو نصر عن شيخه القاضي أبي الطيِّب أنَّ الماسَرْجِسي ذهب إليه ، هذا هو النقلُ الصحيحُ ، ولا شك في غلطِ مُجلّي فيما نقله ، فإنه لم يكن معتَمَداً فيما ينفرد بنقله[3] .

---

(١) هو محمد بن علي بن سهل بن مفلح ، أبو الحسن ، من أئمة أصحاب الوجوه في المذهب الشافعي ، قال السمعاني : « كان إماماً من الفقهاء الشافعية ، من أعلم الناس بالمذهب وفروع المسائل » ، وتفقه بخراسان والعراق والحجاز ، وسمع الحديث من أصحاب المزني ، وسمع منه الحاكم أبو عبد الله والقاضي أبو الطيب الطبري ، وترجم له الحاكم في تاريخ نيسابور ، وقال عنه : « كان أحد أئمة الشافعيين بخراسان ، وكان من أعرف أصحابه بالمذهب وترتيبه وفروعه » ، وصحب أبا إسحاق المروزي إلى أن مات في مصر ، ثم انصرف إلى بغداد فكان خليفة القاضي أبي على بن أبي هريرة في مجالسه ، ثم انصرف إلى خراسان ، وله آراء في المذهب ، وتكرر ذكره في المهذب للشيرازي ، والروضة للنووي ، توفي سنة ٣٨٤ هـ وهو ابن ٨٦ سنة .

(انظر : تهذيب الأسماء : ٢ / ٢١٢ ، وفيات الأعيان : ٣ / ٣٤٠ ، طبقات الفقهاء : ص ١١٦) .

ملاحظة : لم يترجم له ابن السبكي في طبقات الشافعية الكبرى ، وإني ترجمت في الطبعة الأولى لهذا الكتاب لشخص آخر ، هو أبو العباس ، أحمد بن محمد بن الحسين الماسَرْجسي ، المتوفى سنة ٣١٣ هـ ، وهو خطأ ، والصواب ما أثبتناه الآن .

(٢) قاضي القضاة بالديار المصرية مُجَلّي بن جُمَيْع ، بضم الجيم ، أبو المعالي المصري الشافعي ، تولى قضاء الديار المصرية سنة ٥٤٧ هـ ، ثم عزل لتغير الدول في أوائل سنة ٥٤٩ هـ ، ومن تصانيفه الذخائر ، وأدب القضاء الذي سماه العمدة ، ومصنف في الجهر بالبسملة ، توفي سنة ٥٥٠ هـ .

(انظر : شذرات الذهب ، ابن العماد الحنبلي : ٤ / ١٥٧ ، البداية والنهاية : ١٢ / ٢٣٣ ، حسن المحاضرة : ١ / ٤٠٥ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٧ / ٢٧٧ وما بعدها) .

(٣) قال الإسنوي : ومن تصانيف مُجلّي الذخائر ، وهو كثير الفروع والغرائب ، إلا أن ترتيبه غير معهود =

[المسألة][1] السادسة - [خيار المجلس للشفيع] :

٨٩٦ - إذا تملك الشفيعُ الشقصَ بالشفعةِ حيثُ يجوزُ ذلك ، ويحصلُ له الملكُ ، فهل يثبتُ له خيارُ المجلس ؟ فيه وجهان ، وجهُ المنعِ أنّ إثباتَ خيار المجلس من أحدِ الجانبين بعَيدٌ . فإنَّ (وَضْعَه)[2] تساوي المتبايعين فيه في المبيعِ .

وأصلُ هذا الخلاف : الخلافُ في قاعدةِ خيارِ المجلس ، وهو أنّه هل يُتصورُ ثبوتُه في أحدِ شقي البيع ؟ فيه خلافٌ ، فإنْ قلنا : إنّه يثبتُ للشفيع خيارُ المجلس فهو مقدرٌ ببقائه في ذلك المكان الذي يملكه فيه ، فإنْ فارقه المشتري دون الشفيع ، هل ينقطعُ خيارُ الشفيع ؟ فيه وجهان ، ولا خلافَ أنَّ خيارَ الشرط لا يثبتُ للشفيع .

[المسألة][3] السابعة - [رؤية المشفوع] :

٨٩٧ - هل يشترطُ في صحة تمليك الشفيعِ الشقصَ المشفوعَ [رؤيةُ][4] العقارِ قبل التملك ؟ فيه طريقان ، منهم من قال : فيه قولان كالبيع ، ومنهم من قطعَ بالصحةِ في الشفعةِ ، وكأنّه مِلكٌ قهريٌّ يضاهي الإرث ، فإنْ قلنا : يصحُّ ، فللشفيعِ الخيارُ عندَ الرؤية ، وللمشتري أن يمتنعَ من قبولِ الثمنِ من الشفيعِ حتى يراه الشفيع ، لأنّه اللائقُ بالتصرفِ في الثمنِ خوفاً من خيارِ الرؤية للشفيع ، فلعله لا يرضى به .

= ومتعب ، وفيه أيضاً أوهام ، وقال الأذرعي : إنه كثير الوهم ، قال : ويستمد من كلام الغزالي في البسيط ويعزوه إلى الأصحاب ، قال : وذلك عادته .

(١) اللفظ ساقط من أصل النسخة ف .

(٢) اللفظ من عندي ، وفي أصل النسخة ف : وصفه ، وهنا ينتهي الكلام في الورقة ١٤٥ / أ من نسخة ف ، ليبدأ في الوجه الثاني : ١٤٥ / ب .

(٣) اللفظ غير موجود في نسخة ف .

(٤) اللفظ من عندي ، وفي نسخة ف : برؤية .

[المسألة][1] الثامنة - [ثبوت الشفعة للوقف] :

٨٩٨ - إذا كانت الدارُ والأرضُ نصفُها وقفٌ على رجل وقفاً صحيحاً متصلاً ، ونصفُها الآخرُ طلقٌ لرجلٍ آخرَ ، فباعَ صاحبُ الطِّلْقِ نصفَه من ثالث ، هل تثبتُ الشفعةُ لصاحبِ الوقف ؟

قال الشيخُ أبو حامد : لا تثبتُ له الشفعةُ ، لأنَّ الوقفَ لما لم يُستحق أخذُه بالشفعة ، لم يُستحق به الأخذُ بالشفعةِ .

وقال الشيخُ أبو نصر : لا يَستحقُّ الموقوفُ أخذَه بالشفعةِ ؛ لأنَّ الوقفَ ينتقلُ من الواقفِ إلى الله تعالى على المذهبِ ، فلا ملكَ للموقوفِ عليه ، فليس له أخذُه بالشفعةِ .

وإن قلنا : ينتقل إلى الموقوفِ عليه ، هل له أخذُ الطِّلْقِ بالشفعة ؟ فيه وجهان ، هذا ما ذكره العراقيون في ذلك ، واختيارُهم عدمُ ثبوتِ الشفعةِ ، بناء على المختارِ عندهم أنَّ الموقوف عليه لا مِلك له في الموقوفِ ، بل ينتقل إلى الله تعالى .

أما المراوزةُ فإنَّهم أطلقوا أقوالهم قائلين[2] : بأنا إنْ قلنا : لا يملكُ الموقوف عليه الموقوف ، لا شفعة له ، وإن قلنا : يملك ، فوجهان يبتنيان على أنه هل يقسم الوقف والطلق ، أم لا .

ووافق البغويُّ العراقيين في أنَّ الأصحَّ انتقالُ الوقفِ إلى الله تعالى ، ولا يملكه الموقوف عليه .

وأما الإمامُ وجماعةٌ من المراوزةِ فإنَّهم أطلقَوا الخلافَ في ذلك من غير

---

(١) اللفظ ساقط من نسخة ف .

(٢) تنتهي الصفحة الثانية من الورقة ١٤٥ / ب من نسخة ف ، ويبدأ الكلام من ورقة ١٤٦ / أ .

تصريحٍ)[1] [١٣٧ / ب] باختيارٍ .

[قاعدة ثبوت الشفعة] :

٨٩٩ ـ إذا عُرف ذلكَ فقدَ يُخَيَّلُ لنا إشكالٌ على قاعدةِ المذهبِ في الشفعةِ والوقفِ ، جرَّها تباينُ اختياراتهم فيها ، ونحنُ نذكرُ (ما)[2] خطرَ[3] لنا في ذلك فنقول :

لا شك أنَّ قاعدةَ ثبوتِ الشفعةِ على مذهبِ إمامنا رضي الله عنه أنَّ الشفعةَ تثبتُ لدفعِ ضررِ مؤُنةِ القسمةِ ، وعلى هذه العلةِ بنى الشافعيُّ رحمه الله مذهبَه في منع الشفعة فيما لا يقسم ، وثبوتِها في المقسوم[4] .

وذهب ابن سُرَيْج من أصحابنا : إلى أنَّ الشفعةَ تثبتُ فيما لم يُقْسم ، دفعاً لضررِ المداخلةِ وسوءِ الشركةِ[5] .

٩٠٠ ـ إذا عرفتَ هذه القاعدةَ في الشفعةِ انتقلنا عنها إلى قاعدةٍ في القسمة ، وهي : أنَّ القسمةَ في بابها هي بيعٌ أو فرزُ النصيبين[6] ؟ فيه قولان .

قالَ العراقيون : الأصحُّ أنَّها فرزُ النصيبين ، وقال المراوزةُ ، الأصحُّ أنَّها بيعٌ[7] . وبنوا على هذا جوازَ قسمةِ الوقفِ من الطلْق ، إذا لم يكن فيها ردٌّ ،

---

(١) ينتهي النقل من النسخة الثانية التي أحضرت ميكرو فيلماً لها من باريس ، بسبب نقص ورقة كاملة من صورة الأصل ، ثم يعود النقل من نسخة الأصل .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لنا .

(٣) في نسخة ف : حضر .

(٤) انظر : الأم ، له : ٣ / ٢٣١ ، مختصر المزني : ٣ / ٤٧ .

(٥) في نسخة ف : المشاركة .

(٦) العبارة في نسخة ف : إفراز للنصيبين .

(٧) سبق بيان ذلك مع التحقيق وذكر المراجع فقرة ٦٤١ .

فقال العراقيون : يجوزُ ، لأنَّ القسمةَ فرزُ النصيبين ، وكذا إنْ كان فيها ردّ ، والردُّ من أصحابِ الوقف ، وقالَ المراوزة : لا يجوزُ قسمةُ الوقفِ من الطلْق مطلقاً على الأصح ، بناءً على أنَّ الأصحَ عندهم أنَّ القسمةَ بيعٌ[1] .

٩٠١ ـ إذا تقرر ذلك ظهر أنَّ اختيارَ العراقيين عدمُ استحقاقِ الشفعةِ للموقوف عليه في الطلْق المبيعِ المشتركِ ، لأنَّ الشفعةَ تثبتُ في كلِ عقارٍ محتملٍ للقسمة ، لدفعِ مُؤنةِ القسمةِ على مذهبِ رأي إمامِ المذهبِ : الشافعيِّ رضي الله عنه ، أو لدفعِ ضررِ المداخلة على رأي ابنِ سُرَيْج ، فيلزمُ ـ والحالةُ هذه ـ أنهم إذا قطعوا بأن القسمة فرزُ النصيبين ، وأنَّ القسمة تجري بين الوقف والطلق ـ ثبوتُ الشفعة قطعاً ، دفعاً لضرر مُؤنة القسمة ، وقد قطعوا بجريان القسمةِ ، إنْ عللنا بما علله الشافعيُّ رضي الله عنه ، وبنى عليه مذهبَه ، أو دفعاً لضررِ المداخلة ، إنْ عللنا بما علله ابنُ سُرَيْج ، وبنى عليه مذهبه .

فظهرَ بما ذكرناه تناقضُ العراقيين فيما صاروا إليه ، من قاعدتي الشفعةِ والقسمة ، ولزومِ هذا الإشكال عليهم ، وما لزمهم هذا الإشكال إلا لاختيارهم أن القسمةَ فرزُ النصيبين ، وجريانُ القسمة بين الوقف والطلق بناء على ذلك .

مسائل من الإجارة

المسألة الأولى ـ صيغة الإجارة :

٩٠٢ ـ الصيغةُ الصحيحةُ : أنْ يقولَ : أَجرتك هذه الدارَ ، أو أَكريتكها ، مدةَ كذا وكذا من الآن ، فيقولُ : قبلتُ ، فلفظُ الإجارةِ والإكراء [١٣٨ / أ] يُضافُ إلى الدارِ ، لا إلى المنافعِ .

---

(١) انظر فقرة ٦٤٢ ، فقرة ٨٩٨ ـ ٨٩٩ ، من هذا الكتاب .

فلو قالَ : أجرتُك منافعَ هذه الدارِ ، أو أكريتك منافعَ هذه الدارِ ، لم يصح على الأصحِ عند المراوزة .

وقال الشيخُ أبو نصر : يصحُّ ، ولم يحكِ فيه خلافاً ، وقال البغويُّ : فيه وجهان[1] .

أما إنْ قالَ : (ملكتك)[2] منافعَ هذه الدار مدةَ كذا ، قالَ الإمامُ : يصحُّ[3] ، وشرطهُ الإضافةُ إلى المنفعةِ ، لا إلى الدارِ ، وقال البغويُّ : فيه وجهان .

وإنْ قال : بعتُك منافعَ هذه الدار شهراً ، فيه وجهان ، الأظهرُ عند الإمامِ والبغويِّ المنعُ[4] .

المسألة الثانية - [الإجارة المستقبلة للمستأجر] :

٩٠٣ - لو أجَّرَ دارَه شهراً ، ثمَّ أجرها من المستأجر الشهرَ الثاني ، فيه وجهان ، أصحُّها عند الإمامِ والمتولي المنع ، واختارَ (الشيخُ)[5] أبو إسحاق في « التنبيه » الصحة[6] .

وقال الماورديُّ : نصَ الشافعيُّ على الصحةِ ، وخالفَه بعضُ الأصحاب .

---

(١) الأصح منها الجواز والصحة ، وهو ما عليه التحقيق في المذهب ، قال النووي : والأصح انعقادها بقوله : آجرتك منفعتها ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٣٣٣ ، نهاية المحتاج : ٥ / ٢٦٣ ، شرح المحلي : ٣ / ٦٧) .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ملكت .

(٣) انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٣٣٢ ، نهاية المحتاج ، المرجع السابق ، شرح المحلي ، المرجع السابق .

(٤) وهو المحقق في المذهب ، قال النووي : والأصح منعها بقوله بعتك منفعتها ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٣٣٣ ، نهاية المحتاج : المرجع السابق ، شرح المحلي ، المرجع السابق ، المهذب : ١ / ٤٠٢) .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٦) التنبيه : ٨٥ ، ط مصطفى الحلبي ١٣٧٠ هـ - ١٩٥١ م .

المسألة الثالثة ـ [الاستئجار للبيع والشراء] :

٩٠٤ ـ قال الشيخُ أبو نصر : إذا استأجر رجلاً ليبيعَ له ثوباً معيناً صحَّ ، ولو استأجرَه ليشتري له ثوباً معيناً ، قالَ : لا تصحُّ الإجارةُ عندي ، قال : والفرق أن (البيعَ)[١] في العادة ممكنٌ ، لأنَّه لا يخلو من راغبٍ فيه ، أما الشراءُ فلا يكون إلا من واحدٍ ، وقد يبيعُ وقد لا يبيعُ ، فلا يمكنه تحصيلُ العمل بحكم الظاهر .

المسألة (الرابعة)[٢] ـ [العلم بالمنفعة] :

٩٠٥ ـ من شرطِ صحةِ الإجارة العلمُ بالمنفعةِ ، وهي مختلفةٌ بحسب الأعيان ، فما هو حاصلٌ بصنعةِ الآدمي كالخياطةِ مثلاً ، تعريفُها إما بالزمان ، أو بمحلِ العمل ، وهو الثوبُ ، فلو جمعَ بينهما فيه وجهان ، الأصحُّ : المنعُ ، لأنه إذا جازَ ، فربما يتمُّ العملُ قبلَ اليوم ، أو يمضي اليومُ قبلَ الفراغ .

وإن قلنا : بالصحةِ ، ففيه وجهان ، أحدَهما : أنَّ العملَ هو المقصودُ ، فإن تمَّ العملُ قبلَ مضي اليوم كفى ، ولا يُستعملُ الأجيرُ في شيء آخر في تتمة اليوم ، وإنْ مضى اليومُ قبلَ الفراغِ تممه .

والثاني : أنَّ المقصودَ يتم ، والمقابَلُ بالأجرةِ إحدى الجهتين ، فإنْ انقضى النهارُ ولم يَفرغْ استحقَّ تمامَ الأجرةِ ، وإنْ تمَ العملَ قبلَ مضي النهار استحق تمامَ الأجرة .

[استئجار العقارات] :

٩٠٦ ـ واستئجارُ العقاراتِ تختلف باختلافِ منافعِها المطلوبةِ منها ،

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : المبيع .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الخامسة ، وهو خطأ .

(فيَعرفُ)[1] من الـدارِ والحمامِ [والحقـولِ][2] والخـانـاتِ كلٌّ مـا تختلفُ بـه المنفعةُ ، ويكونُ مقصوداً مطلوباً من تلك العين عُرفا .

[استئجار الدواب] :

٩٠٧ ـ وإن كان المأجورُ دابةً ، فالدوابُ تستأجر لجهاتٍ :

الأولى : الركوبُ ، ولا بدَّ من رؤيةِ الدّابةِ على الأصح ، ورؤيةِ الراكبِ ليس بشرطٍ على الأصح ، بـل يكفي [١٣٨ / ب] الـوصفُ فيـه ، ولا يُشترطُ الوزنُ على الأصحِ ، وفيه وجهٌ ، ولا بـدَّ من العلمِ بمـا يَركبُ عليـه من سَرْجٍ أو قَتَبٍ أو إكافٍ أو محـارةٍ أو عمـاريـةٍ أو مَحْمـلٍ ، ولا بـدَّ من وصفِ المحـامـل والمجان .

وأما السُّرُجُ والأكفُ فلا توصف لتساويها ، وعدمِ اختلافها غالباً .

٩٠٨ ـ **الجهـة (الثـانيـة)**[3] : الحملُ ، وهو كالركـوبِ وزيـادةٍ عليـه ، (وهو)[4] معرفةُ قدرِ المحمولِ تحقيقاً ، إما بالوزنِ إنْ كانَ غائباً ، أو بـالعينِ إنْ كان حـاضراً ، (ويتنـاولـه)[5] بـاليـدِ ، ويختلفُ بـاختلافِ المحمولِ كالـزجـاجِ والحديدِ والقطنِ والقماشِ .

الجهة الثالثة ـ (الاستقاءُ ، وهو كالحملِ .

الجهة الرابعة)[6] : الحراثةُ ، فإن قُدّرَت بالزمانِ ، قـالَ الأصحـابُ : لم يجب تعريفُ الدّابة ورؤيتها .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فيصرف .

(٢) في الأصل : والحقال ، وهو تصحيف باستبدال الواو ألفاً ، وفي نسخة ف : والجمال .

(٣) في الأصل : الثالثة ، واللفظ من نسخة ف .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وهي .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وتناوله .

(٦) ما بين القوسين من هامش الأصل .

٩٠٩ ـ وعندنا في هـذا نظر ، فـإنّـه إذا استـأجرَ منـه دابـةً لحراثـةِ الأرض يوماً ، فقد تختلفُ اختلافاً بيناً بصلابةِ الأرض ورخاوتها ، ومـا فيهـا من حجرٍ ومـدرٍ ونبـاتٍ وغير ذلـك ، وتختلفُ أيضـاً بسمنِ الـدابّـةِ وهُزالهـا ، واعتيـادهـا للحراثةِ وعدمه .

٩١٠ ـ قالَ الأصحابُ : وإنْ ضَبَطَ بقدرِ الأرض وجبَ معرفةُ الـدّابـة على المكتري ، ومعرفـةُ الأرض على المكري ، أسهليـةٌ هي أم جبليـةٌ ، ولا يكفي النظرُ إلى وجه الإرض ، ما لم يعرفْ جنسها .

٩١١ ـ وضابـطُ هـذا جميعـهِ : أنَّ كلَّ مـا يتفـاوتُ المقصودُ به تفـاوتـاً لا يُتسامحُ بمثله في المعاملةِ وجبَ بيانهُ .

المسألة (الخامسة)[1] ـ الفسخ بالهدم :

٩١٢ ـ إذا هدّم المستأجرُ الدارَ المستأجرَة ، أو بعضَها عـامـداً ، المـذهبُ أنَّ له الفسخَ مع عدوانِه ، ويجبُ عليه أرشُ ما نقصَ من الهدمِ ، وضمانُ ما أتلف ، وذكر الإمامُ فيه احتمالاً من تلقاء نفسـه أنّـه لا يثبتُ لـه الخيـارُ لعـدوانـه ، ثم قالَ : والأفقهُ أنَّ الخيارَ يثبتُ .

مسائل من الوقف

المسألة الأولى ـ [القبول في الوقف] :

٩١٣ ـ (إذا)[2] كان الوقفُ على جهـةٍ عـامـةٍ فلا يُشترطُ قبولهُم ، كالوقفِ على الفقراء والمساكين ، والجهاتِ العامة ، وإنْ كانَ على مُعينٍ ، كزيدٍ وعمروٍ ، ثم على جهةٍ عامة ، فهل يُشترطُ قبولهُ ؟ فيه وجهان .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : السادسة ، وهو خطأ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إن .

٩١٤ ـ ولو كان على بطون خاصة ، فهل يُشترطُ قبولُ الثاني والثالث ؟ فيه وجهان ، قال الإمامُ : والأصحُّ اشتراطُ قبولِ البطن الأول ، وعدمُ اشتراط قبول البطن الثاني والثالث[١] ، وقالَ البغويُّ : الأصحُّ عندي أنَّه لا يُشترطُ قبولُ البطنِ الأول .

المسألة الثانية ـ في الرد :

٩١٥ ـ إذا وقفَ [١٣٩ / أ] على مُعين ، فردَّ الوقفَ ، قال الإمامُ : البطنُ الأول يرتدُّ بردِّهم قولاً واحداً ، وهل يرتدُّ بردِّ البطنِ الثاني ؟ فيه وجهان[٢] .

وقالَ صاحبُ « التهذيب » : الصحيحُ عندي أنه لا يرتدُّ بردِ البطنِ الأول ولا الثاني ، خصوصاً إذا قلنا : إنَّ الوقفَ ينتقلُ إلى الله تعالى ، لأنَّه بمنزلهِ العِتقِ .

المسألة الثالثة ـ [الوقف المتصل الانتهاء] :

٩١٦ ـ الوقفُ المتصلُ الانتهاء منْ شرطهِ أن يكونَ على جهةٍ عامةٍ لا تنقطعُ ، كالفقراء والمساكينِ وسبلِ الخير وغيرِ ذلك ، فإنْ جَعلَ المَردَّ[٣] (الأخير)[٤] وقفاً على مسجدٍ معين ، أو مدرسةٍ معينة ، هل يكون كالجهة العامة ، أو يكون حكمهُ حكمَ منقطعِ الانتهاء ؟ فيه وجهان ، حكاهما البغويُّ ، والأصحُّ عندنا أنه جهةٌ عامةٌ ، فيصحُّ الوقفُ قولاً واحداً .

---

(١) انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٣٨٣ ، حاشية قليوبي : ٣ / ١٠١ ، نهاية المحتاج : ٥ / ٣٧٢ ، المهذب : ١ / ٤٤٨ وما بعدها .

(٢) رجح الخطيب الشربيني أنه يرتد برد البطن الثاني والثالث كما يرتد برد البطن الأول ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٣٨٣) .

(٣) المَرَدُّ : هو أن يبلغ الغاية التي يخرج بها من جملة ما عليه ذلك الصنف ، فهو التتمة والبقية التي تبقى بعد استنفاد الصنف المعين الموقوف عليه ، (انظر : القاموس المحيط : ١ / ٣٣٧) .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الآخر .

المسألة الرابعة ـ [تغيير الناظر من الواقف] :

٩١٧ ـ إذا وقف رجلٌ وقفاً ، وفوّضَ النظرَ فيه إلى رجل آخر عَدْل ، ثم أرادَ بعد ذلك أنْ يعزلَه ويستبدلَ به غيره ، لا لأمرٍ عرضَ من فسقٍ أو خيانةٍ ، بل تشهياً فقط ، نص الإمامُ على أنَّه لا يجوزُ ، وحكى بعضُ متأخري الأصحابِ في هذه المسألة وجهين ، أحدُهما يُنسب إلى أبي سعيد الإصطخري أنَّ له عزلَه ، والثاني : يُنسب إلى أبي الطيب بنِ سلمة (أنَّه)[1] ليسَ له عزلهُ ، وهو الأصحُّ .

المسألة الخامسة ـ في ألفاظ الواقف في الوقف المرتب على البطون :

٩١٨ ـ وهي كثيرةٌ ، وضابطُها أنَّ الواوَ تقتضي الاشتراكَ قولاً واحداً ، فإذا قال : وقفتُ على أولادي وأولادِ أولادي ، شاركَ أولادُ الأولادِ الأولادَ في الوقف .

٩١٩ ـ فإنْ قالَ ، مع لفظةِ الواو : بطناً بعد بطن ، قال الإمام : إنه يكون على الترتيب ، وذهبَ إليه القاضي حسينٌ ، وحكاه الشيخُ أبو عاصم عن الأستاذ أبي طاهرٍ الزِّياديِّ .

وقال البَغويُّ : إذا قال : على أولادي وأولادِ أولادي ، بطناً على بطن ، كان للاشتراك ، وقوله : بطناً بعد بطنٍ ، للتعميم .

٩٢٠ ـ أما إذا قال ، بعد ذكر لفظة الواو : الأول فالأول ، (أو الأقرب)[2] فالأقرب ، فهو على الترتيب .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وأنه .

(٢) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : والأقرب .

٩٢١ ـ ولو قال : على أولادي ، ثم على أولادِ أولادي ، المذهبُ المقطوعُ به أنه على الترتيب ، لأنَّ لفظةَ « ثم » للترتيب والمُهلة ، ولم يخالفْ في هذا (أحدٌ)[1] إلا الشيخَ أبا[2] عاصم العبادي ، على ما حكاه المتولي عنه ، أنه قال : إن لفظة « ثم » للتشريك ، قالَ : وهو متروكٌ عليه ، والحقُّ أنَّه متروكٌ عليه ، [١٣٩ / ب] فخالفَ الأصحابَ ، ولما يقتضيه وضع اللغة[3] .

٩٢٢ ـ ولو قالَ : البطن الأول ثم البطن الثاني ، كان للترتيب ، قال الشيخُ أبو نصر : ولو قال : وقفتُ على أولادي ، ثم على أولادِ أولادي ، لم يستحق البطنُ الثاني شيئاً حتى ينقرضَ الأول ، إلا أنْ يقولَ : فمن مات منهم تُصرَفُ حصتُه إلى ولده ، فإنَّه يكون لابنه ، لأنَّه صرّحَ بذلك ، ويصيرُ قوله : البطن الأول ثم الثاني ، يرجعُ إلى آحادِهم دون جملتهم .

٩٢٣ ـ قالَ : ولو قالَ : وقفتُ على ولدي وولدِ ولدي ، على أنَّ من ماتَ منهم ، وله ولدٌ ، كانَ ما كانَ له لولده ، وإنْ ماتَ ولا ولدَ له ، كان ما كان [له][4] لأهلِ الوقفِ ، فإذا كان أولادُ الواقفِ ثلاثةً ، فماتَ واحدٌ منهم ، وله ولدٌ ، كان ما كان له لولده ، فإنْ ماتَ آخرُ ، ولا ولدَ له ، كان ما كان له لأخيه وابن أخيه ، لأنَّهما أهلُ الوقف .

٩٢٤ ـ قالَ : وهذا الفرعُ ذكرَه أصحابُنا ، ولم يُبينوا أنه على الترتيب أو التشريك ، ثم قالوا : ينفردُ ولدُ الميت بنصيب أبيه ، وظاهرُ قولهم : أنه

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أحداً ، وهو خطأ نحوي .

(٢) في الأصل : أبو ، وهو صحيح على الحكاية .

(٣) نقل ابن السبكي عن أبي عاصم أنه لا يقول بالترتيب في استعمال لفظة « ثم » ، بل يحمله على الجمع ، ونقل رد العلماء عليه ، وبين أن بعض النحاة ، كالأخفش والفراء وقطرب ، ينكرون كونها للترتيب ، وأنه لا غرابة أن يوافقهم ، إن صح النقل عنه ، انظر تفصيل ذلك في (طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ١٠١) .

(٤) لفظة « له » ساقطة من الأصل ، وساقطة مع سطر كامل من نسخة ف .

يكون على الترتيب ، ويكون قولهُ : فمن ماتَ وله ولد كان ما كان له لولده ، يدلُّ على أنَّه أرادَ الترتيب ، كقوله : وقفته على أولادي وأولاد أولادي ، فإذا انقرض أولادي كانَ لأولادِ أولادي ، فإنَّ هذا يجعلهُ على الترتيب ، فكذلك ههنا .

٩٢٥ ـ قال **صاحبُ الكتاب** عفا الله عنه : لما كانت ألفاظُ الوقفِ كثيرةً ، وكان المقصودُ من الوقفِ تأبيدَه واستمرارَه ، وكانتِ البطونُ كثيرةً ، تتجددُ باستمرار السنين ، ومضي الأوقات وتجددِها ، ويذهب الأولُ ، ويأتي الآخرُ ، فينبغي للواقفِ أنْ يذكرَ ألفاظاً ناصةً على الغرضِ ، دالةً على الترتيبِ أو التشريكِ ، على حسبِ غرض الواقفِ ، وعلى كيفية الانتقال من بطنٍ إلى بطنٍ ، بحيث يزولُ الإجمالُ والشكُّ والارتيابُ ، وحقٌّ على كاتبِ الشروطِ ، وراقمِ الصكوك أنْ ينبه الواقفَ على ما ذكرناه ، ليتجنبَ ما يوقعُ في الاختلاف ، من الألفاظ المجملة المحتملة لمعانٍ كثيرةٍ ، فإنَّه قلما يقعُ الاختلاف في كتبِ الوقف إلا من تقصيرِ الشروطي الكاتب ، وقلةِ فهمهِ ودرايته .

مسائل من النكاح

المسألة الأولى ـ [١٤٠ / أ] [زواج الإجبار من فقير] :

٩٢٦ ـ إذا زوّج الأبُ المجبرُ ابنتَه البكرَ البالغَ على صداقٍ ، (جملتُه)[1] ألفُ درهم ، وهو مهرُ مثلِها ، بدونِ رضاها ، إلا أنَّ الزوجَ فقيرٌ لا يملكُ شيئاً ، قال القاضي حسين في « فتاويه » : لا ينعقدُ النكاحُ على المذهبِ ، كما لو زوّجها من غير كفء ، وبدون مهرِ المثلِ على أحد القولين[2] .

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) وهو ما عليه المحققون في المذهب ، قال النووي رحمه الله تعالى : ويجري القولان في تزويج الأب بكراً =

المسألة الثانية - [تعيين الكفء للأب] :

٩٢٧ - إذا عَيّنت البكرُ كفءاً ، وأرادَ الأبُ تزويجها من كفءٍ ، لم تعينه ، اختلفَ الأصحابُ في ذلك ، فمنهم من قالَ : يجبُ على الأبِ تزويجها ممن عينته ، إذا كان كفءاً .

قالَ الإمامُ : والأقيسُ عندنا أنَّه إذا أرادَ تزويجَها من غيرِ من عينته ، وكان كفءاً جاز له ذلك[1] ، فإنَّه إذا زوجها فلا خيرةَ لها في عين[2] الخاطبِ ، لأنَّها مجبَرة[3] .

وهذا متجهٌ في المذهبِ ومعدودٌ منه ، والذي ذكرناه أولاً لا احتفال به .

المسألة الثالثة - [تزويج السلطان عند غياب الولي] :

٩٢٨ - إذا غابَ الوليُّ الأقربُ فزوَّجها السلطانُ بإذنها ، ثم عادَ الولي ، فقال : كنتُ زوَّجتها في الغيبةِ ، قالَ أصحابنا : نكاحُ السلطانِ مقدَّمٌ .

٩٢٩ - ومثلهُ لو غابَ مالكُ العبد ، فباع السلطانُ عبدَه أو مالَه في دينه ، ثم عاد فادَّعى أنَّه كانَ باعه في الغيبةِ ، نص الشافعيُّ على أنَ بيعَ المالكِ أولى .

وقال الربيعُ : فيه قولٌ آخرُ ، أنَّ بيعَ السلطانِ مقدَّمٌ ، كمسألة التزويج .

٩٣٠ - والفرق أن السلطانَ في النكاح قام مقامُ الولي في غيبةِ الولي

= صغيرة أو بالغة غيرَ كفء بغير رضاها ، ففي الأظهر باطل ، وفي الآخر يصح وللبالغة الخيار ، (انظر : مغني المحتاج : ٣ / ١٦٤ - ١٦٥) .

(١) وهو الراجح في المذهب ، (انظر : مغني المحتاج ٣ / ١٥٤ ، شرح المحلي : ٣ / ٢٢٥ ، نهاية المحتاج : ٦ / ٢٣٦) .

(٢) في نسخة ف : في غير .

(٣) قال أبو إسحاق الشيرازي : ويجوز للأب والجد تزويج البكر من غير رضاها ، صغيرة كانت أو كبيرة ، (المهذب : ٢ / ٣٨) .

الأقربِ ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « السلطانُ وليُّ مَنْ لا وليَّ له »[1] .

ولو كان لها وليّان فأنكحها أحدُهما ، ثم جاء (الآخر)[2] ، وقالَ : كنتُ أنكحتها قبلَ ذلك ، لم يقبل إلا ببينةٍ ، فكذلك ههنا ، بخلافِ بيعِ السلطان ، فإنه نائبٌ عن المالكِ ، فأشبهَ الوكيلَ مع الموكلِ .

(فلو)[3] أن الوكيلَ باع ، وجاء الموكِل وقالَ : قد كنتُ بعتُ ، (فالقول)[4] قولُ الموكِل مع يمينه ، هكذا قاله القاضي حسين في « فتاويه » ، وفيما ذكره نظرٌ (ظاهرٌ)[5] ، لا يخفى على متأمل .

المسألة الرابعة - [الزواج من فاسق] :

٩٣١ - إذا استؤذنت البكرُ في التزويجِ من رجلٍ فاسقٍ ، (ولم)[6] تعلم هي بفسقه ، فسكتت ، فزُوّجت منه ، هل ينعقدُ النكاحُ ؟

قال القاضي حسين : نعم ، ينعقدُ لوجودِ الإشارةِ (منها)[7] إلى عين الزوج .

---

(١) هذا جزء من حديث رواه الشافعي وأحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه وصححه ، وأبو عوانة وابن حبان والحاكم عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال : « أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها فنكاحها باطل (ثلاث مرات) ، فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها ، فإن تشاجروا ، فالسلطان ولي من لا ولي له » مع اختلاف في الألفاظ ، وهذا لفظ أبي داود . (انظر : سنن أبي داود : ١ / ٤٨١ ، التلخيص الحبير : ٣ / ١٥٦ ، كشف الخفا : ١ / ٥٥٢ ، تحفة الفقهاء مع تخريج أحاديثها : ٣ / ٥١٠ ، سبل السلام : ٣ / ١١٨ ، نيل الأوطار : ٦ / ١٣٤) .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الأخير .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ولو .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : القول .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لم .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فيها .

قال البغويُّ : ويُحتمل أنْ يثبتَ لها حقُّ الفسخِ [١٤٠ / ب] كما لو وجدتْ به عيباً .

المسألة الخامسة ـ [تصديق الولي بالإذن] :

٩٣٢ ـ إذا خطبَ رجلٌ أُختَ رجلٍ ليتزوجها ، فقالَ له الأخُ ، ولا وليَّ لها غيره : قد أَذِنتْ لي في التزويج منك على صداقٍ ، جملتُه كذا ، هل للزوج أنْ يصدّقَه على أنها أذنت له في ذلك ، حتى إذا أوجبَ النكاحَ ، وقبل بمحضرٍ من شاهدين انعقد النكاحُ ، وكان لهُ وطؤها والاستمتاعُ بها ، من غير تكليفِ الأخ الإشهادَ بالإذن ؟

قال القاضي حسين : نعم ، له قبولُ قوله ، ويصحُّ النكاحُ ، حتى قال : لو قالَ رجلٌ (لرجل)[1] : إنَّ فلاناً وكلني في تزويج ابنته منك ، فزوَّجه بمحضرٍ من شاهدين ، قالَ : يُحكم بصحةِ النكاحِ ، ولا تجبُ إقامةُ البينةِ على أنَّ لفلانٍ بنتاً ، ولا أنَّه وكيلٌ ، لأنَّه يتعذرُ ، لأنَّه لا تجوزُ الشهادةُ إلا عند القاضي ، قالَ : ثم إنَّ الشهودَ لا يشهدون على أنَّها زوجةٌ ، إنَّما يشهدونَ على ما عاينوا .

هذا كلامُ القاضي ، وليس يخلو من احتمال .

٩٣٣ ـ ومثلُ هذا ما لو جاء الأبُ في حقِ ابنته الثيب البالغ ، أو غيرُه من العصبات ، وقال للحاكمِ : إنَّ فلانةً موليتي ، وهي بالغ ، وقد أَذنت لي أنْ آذن لك في تزويجها من هذا ، فهل للحاكمِ أنْ يزوّجَها من الخاطب الذي عينه الولي ، بمجردِ قوله ، من غيرِ إقامةِ بينةٍ على الإذن ؟

الذي يظهرُ أنَّه لا يجوزُ ، وعليه إثباتُ إذنها ، إذا كان المزوّج هو الحاكمُ ، لأنَّ إقامةَ البيناتِ محلُّها مجلسُ الحكمِ عند الحاكمِ ، وإثباتُ ذلك ممكن ، بخلاف المسألةِ الأولى ، فإنَّ العقود تعتمدُ المتعاقدين ، بدليل أنَّ رجلاً لو قال لرجل :

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

قد وكلني فلانٌ في بيعِ سلعته منك ، ثم باعه ، فاشترى منه صح ، فكذلك في التزويج ، ثم إذا آل الأمرُ إلى الحاكمِ ورُفعت القضيةُ إليه يتبع الشرائط .

المسألة السادسة ـ [اختلاف الوصف في الزواج] :

٩٣٤ ـ إذا قال زوجتك هذه القرشيةَ ، فإذا هي نَبَطيةٌ ، أو هذه الحرةَ ، فإذا هي أمةٌ ، (ففي)[١] انعقادِ العقد قولان[٢] ، (فإنْ)[٣] قلنا : ينعقد ، ففي ثبوت خيار الخُلْف قولان[٤] ، (وهكذا)[٥] لو غُرت بنسبه أو حريته ، (ففي)[٦] انعقادِ العقدِ قولان ، ثم في ثبوتِ خيارِ الخُلف قولان .

٩٣٥ ـ لكنا إنْ قلنا : لا خيارَ له بغرورِ نسبها ، فلها الخيارُ بفواتِ نسبهِ ، إذا لم يكن كفءاً لها ، وكذلكُ للأولياء الخيارُ ، إذا رضيت هي بمن دونها[٧] .

٩٣٦ ـ أما إذا قالَ زوجتك هذه البكر ، فإذا هي ثيبٌ ، فيجري قولا الانعقاد ، وقولا خيارِ الخُلْف .

٩٣٧ ـ أما إذا [١٤١ / أ] لم يجرِ ذكرُ شرطٍ ، لكن تزوّجها على ظنِ أنَّها

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : في .

(٢) والأظهر صحة النكاح إن وجدت شرائطه ، بأن يكون الزوج ممن يحل له نكاح الأمة ، وإلا لم يصح جزماً ، وذلك لأن الخُلف في الشرط لا يوجب فساد البيع مع تأثره بالشروط الفاسدة ، فالنكاح أولى ، والقول الثاني : يبطل ، لأن النكاح يعتمد الصفات ، فتبدلها كتبدل العين ، (انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٢٠٨ ، شرح المحلي : ٣ / ٢٦٥ ، نهاية المحتاج : ٦ / ٣١٧) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إن .

(٤) الراجح ثبوت الخيار لها ، (انظر : مغني المحتاج ، المرجع السابقِ ، نهاية المحتاج : ٦ / ٣١٧ ، شرح المحلي : ٣ / ٢٦٦) .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : هكذا .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : في .

(٧) انظر : مغني المحتاج ، المرجع السابق ، نهاية المحتاج ، المرجع السابق ، المهذب : ٢ / ٣٩ .

مُسلمةً ، فكانت كتابية ، أو على ظنِ أنَّها حرةً ، فكانت أمةً ، فالعقدُ ينعقدُ ، وهل يثبتُ الخيار ؟ فيه قولان[1] .

٩٣٨ ـ ولو نكحها على ظنِ أنَّها بكرٌ ، فخرجت ثيباً ، قال الغزاليُّ : كثيراً ما تقع هذه في الفتاوى ، ولا (يبعدُ)[2] إثباتُ الخيارِ ، (لأنَّ النفرةَ هنا أعظمُ ، هذا كلامُه ، وهو ممنوع ، ولسنا نسلمُ إثبات الخيار)[3] فيما ذكره ، ولا أن النفرةَ فيه تقارِبُ نفرةَ الكفرِ والرقِ ، فإنَّ نفرةَ الكفرِ ظاهرةٌ ، ونفرةُ الرق تسببُ رقَ الولدِ (عن)[4] خفية ، أما الثَيابةُ والبكارةُ فليس منها شيءٌ من هذا ، (على أن ما ذكره الغزالي ليس ببعيد)[5] .

المسألة السابعة ـ [توكيل المرأة في النكاح] :

٩٣٩ ـ التوكيلُ المتفق عليه من المرأة لوليها الغير مُجْبِرٍ أنْ تقولَ المرأةُ لوليها : أذنتُ لك في تزويجي من فلانٍ ، وتعينه ، على كذا ، وأذنتُ لكَ أنْ توكلَ بذلك فلاناً ، وتعينه ، فهذا توكيلٌ صحيحٌ بالاتفاق .

٩٤٠ ـ أما إنْ قالت له : أذنتُ لك أنْ تزوجني من فلان بكذا ، ولم تتعرض للوكيل أصلاً بنفيٍ ، ولا بإثباتٍ ، هل يجوزُ له التوكيل في ذلك ، والحالة هذه ؟ فيه وجهان[6] .

---

(١) الأظهر عدم ثبوت الخيار له ، لأن الظن لا يُثبت الخيار ، لتقصيره بترك البحث أو الشرط ، والقول الثاني : يثبت الخيار ، لأن ظاهر الدار الإسلام والحرية ، فإذا خالف ذلك ثبت الخيار ، (انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٢٠٨ ، نهاية المحتاج : ٦ / ٣١٧ ، شرح المحلي : ٣ / ٢٦٦) .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ينعقد .

(٣) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : غير .

(٥) انظر في موجبات الخيار : (الوجيز ، للغزالي : ٢ / ١٨) .

والعبارة بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : على ما ذكره الغزالي ببعيد .

(٦) الأصح جواز التوكيل ، (انظر : مغني المحتاج : ٣/١٥٨ ، نهاية المحتاج : ٦/٢٤٣ ، شرح المحلي : ٣/٢٢٩) .

٩٤١ ـ قالَ الإمامُ : ولا خلافَ أنها لو أذنت له في التزويجِ ، وصرحتْ بالنهي عن التوكيل ، ليس له أنْ يوكلَ ، قالَ : ولو قالت : أذنتُ لكَ أنْ توكل في تزويجي ، وليسَ لك أنْ تتعاطى التزويجَ بنفسك ، الذي ذهب إليه الأئمةُ أنَّ الإذنَ على هذا الوجهِ صحيحٌ ، لأنَّها منعتهُ من التزويجِ بنفسه ، ووكلت الأجنبي ، فيصيرُ بمثابةِ ما لو فوَّضت تزويجَها إلى الأجنبي ابتداء .

٩٤٢ ـ وقال المتولي : إذا كان الوليُّ غيرَ مجبرٍ فأذنت له في التزويجِ دون التوكيل ، قال القفالُ : لا يجوز له التوكيل ، وقال سائر أصحابنا : (يجوز)[1] له أن يوكل ، لأنها لما أذنت له في التزويج تكاملت ولايتُه ، فصار كالولي المجبر في الحكم[2] .

فعلى هذا قَبْل أنْ تأذنَ المرأةُ في التزويج ، هل يجوزُ له أن يوكل ؟ فيه وجهان .

وقال البغويُّ : إذا وكل الوليُّ رجلاً في التزويجِ ، هل يحتاجُ إلى إذن المرأةِ في التوكيل ، وهو غيرُ مجبرٍ ؟ فيه وجهان ، الأصحُّ أنَّه لا يحتاجُ إلى إذنها ، ولا خلافَ أنّه لو نهته عن التوكيل لا يجوزُ له أن يوكل .

٩٤٣ ـ ولو قالت : وكِّل بتزويجي[3] ، فله أنْ يُوكلَ ، وهل له أن يزوِّجَ بنفسه ؟ فيه وجهان .

٩٤٤ ـ ولو وكَّلَ الوليُّ قبلَ استئذانها في التزويجِ لم يجزْ ، وقيل يجوزُ ، ثم يستأذن الولي بعدَه ، أو الوكيلُ للولي ، والمذهبُ الأول[4] . [١٤١ / ب]

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) انظر تعليل ذلك وتفصيله في المراجع السابقة ، هامش ٦ .

(٣) في نسخة ف : في تزويجي .

(٤) قال النووي رحمه الله : ولو وكل قبل استئذانها في النكاح لم يصح على الصحيح ، وذلك لأنه لا يملك =

المسألة الثامنة ـ في الكفاءة ، غريبة حسنة :

٩٤٥ ـ منْ أسلمَّ بنفسه ليس كفءاً لمنْ له أبوان في الإسلامِ ، ومن له أبوان في الإسلام كفءٌ لمن له عشرةُ آباءٍ في الإسلامِ ، لأنَّ الثالث لا يُذكر في التعريفِ ، فلا يقعُ به تعييرٌ ، وغيرُ الكفء (لرقـهِ هو)(١) المتميزُ عن المرأة برقه ، أو رق أبيه ، أو جده ، لأنَّ (الأبَ)(٢) الثالثَ لا يذكرُ في النسبةِ ، أو يميز عنها بكُفء أبيه أو جده .

[المسألة](٣) التاسعة ـ [تزويج عبده من أمته] :

٩٤٦ ـ إذا زوّج الرجلُ عبدَه بأمته فلا مهرَ في هذا النكاح ، فلا يجبُ ذكرُ المهرِ في الأصحِ ، بل يستحبُ على القديم ، وقال في الجديدِ : إنْ شاء ذكره ، وإن شاء لم يذكره ، إذ لا فائدةَ في ذكره ، وهو أصحٌّ ، وقيل : يجبُ ذكره ، وقيل : يجبُ المهرُ تقديراً ، ثم يسقطُ تحقيقاً(٤) .

٩٤٧ ـ وحكى الإمام عن الشيخ أبي علي وجهاً غريباً أنَّ تزويجَ الرجلِ عبدَه بأمته غيرُ صحيح مطلقاً ، لاستحالة ثبوت المهر فيه ، ويستحيلُ عقد نكاحٍ يخلو عن مسمى ، أو عن مهرِ مثلٍ .

٩٤٨ ـ وهذا بعيدٌ في الحكاية ، موجَّهٌ بما ذكرناه ، وهذا لم يذكرُه الإمامُ في كتابِ النكاح وفصولِ تزويج العبيدِ والإماء ، وإنما حكاهُ في مكانٍ آخر من

= التزويج بنفسه حينئذ ، فكيف يوكل غيره ، وفي قول يصح ، لأنه يلي تزويجها بشرط الإذن فله تفويض ماله لغيره كالفضولي ، (انظر : مغني المحتاج : ٣ / ١٥٨ ، نهاية المحتاج : ٦ / ٢٤٤ ، شرح المحلي : ٣ / ٢٢٩) .

(١) في الأصل عدم وضوح الخط للرطوبة وذلك من منتصف كلمة لرق حتى اللام في كلمة المتميز .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) اللفظة ساقطة من الأصل ومن نسخة ف .

(٤) في نسخة ف : تخفيفاً .

« نهايته » ، وقال فيه : لست أدري أقدّمنا[1] ذكرَ هذا الوجه في النكاح أم لا ؟ فإنْ لم نذكره فقد ذكرناه الآن .

المسألة العاشرة ـ [الاختلاف في التزويج] :

٩٤٩ ـ إذا ادعى زيدٌ زوجيةَ امرأةٍ ، فادعت هي[2] أنها زوجةُ عمرو ، فأقام كُل واحدٍ منهما بينةً ، قال ابنُ الحداد : بينةُ زيدٍ أولى ، لأنَّها استندت إلى صيغة صحيحة في الدعوى ، بخلافِ دعوى المرأةِ ، وخالفَه غيرُه ، وقال : كيف تسلَّمُ إلى زيدٍ ، وقد كذبتها البينةُ الأخرى .

٩٥٠ ـ وهذا الخلاف مفروضٌ فيما إذا كان عمروٌ ساكتاً ، فإن أنكرَ دعواها زوجيته رَجَحَتْ بينةُ زيدٍ ، قولاً واحداً ، لأنَّ إنكارَ عمروٍ ربما جُعل طلاقاً ، وإنْ صدَّقها في دعواها ، فالخلافُ أيضاً قائمٌ ، تخريجاً على ما إذا تداعيا عيناً في يد ثالث ، وأقامَ كلُّ (واحدٍ)[3] منهما بينة بملكها ، فصدّق ذو اليد أحدَهما دون الآخر ، هل ترجحُ بينةُ المصدَّق ؟ فيه قولان[4] ، فكذا ههنا ، لأنَّ المرأةَ ههنا ، بمنزلة سلعةٍ في يد ثالث ، إذ يدُها على نفسها .

المسألة الحادية عشرة[5] ـ في الخلع :

٩٥١ ـ إذا حلفَ الزوجُ على شيء ، [١٤٢ / أ] لابدَّ أنْ يفعلَه ، بالطلاقِ ثلاثاً ، فخالعها ، ثم فعلَ المحلوفَ عليه بعد البَيْنونةِ ، ثم تَزَوجها بعقد جديد ، تخلصَ من الحنث ، (حتى لو عادَ فعلُ المحلوفِ عليه بعد تزويجه بها ، لم يبقَ عليه طلاق ، ولو خالعها ولم يفعل المحلوف عليه ، ثم تزوجها ، هل يتخلصُ

(١) في نسخة ف : أوردنا .

(٢) في نسخة ف : وادعت هي .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٤) الراجح ترجيح بينة المصدق ، وقد سبق بيان ذلك فقرة ٣٢٧ ، وفي نسخة ف : وجهان .

(٥) اللفظة في الأصل ونسخة ف : عشر ، وكذا في جميع المسائل ، إلى التاسعة عشر .

من الحِنْثِ ؟)[1] فيه قولان : أصحُّها عنـد الشيخِ أبي إسحـاق أنَّـه يتخلص من الحنثِ[2] .

وهذه هي المسألة المعروفة بمسألة عَوْدِ الحنثِ ، وهي مشهورةٌ في المذهبِ .

المسألة الثانية عشرة ـ [الخلع قبل المسيس] :

٩٥٢ ـ إذا خـالـعَ المرأةَ قبـلَ المسيس تعيّنَ الصـداقُ ، فينبغي أنْ يقـولَ : اختلعتُ بالنصفِ الذي يبقى لي في ذمتـكِ من الصـداق ، فتقولُ : خَلَعْتُـك[3] بذلك ، أو يقولُ هو : خالعتُـك (بنصفِ)[4] الصـداقِ الـذي يبقى لـك علي ، فتقولُ المرأةُ : اختلعت ، أو قبلتُ .

٩٥٣ ـ فـإنْ قـالتِ المرأةُ : اختلعتُ بنصفِ الصـداقِ مُطلقـاً ، أو قـالَ : خالعتك بالنصفِ من الصداقِ مطلقاً ، ولم يُضفه إلى النصف البـاقي لهـا منـه ، فهذه مسألة تنبني على أصلٍ ، وهو أنَّ المرأةَ إذا وهبتْ من الزوجِ نصفَ صداقِها قبلَ الدخول ، ثم طلقها ، وقلنـا : إنَّ الهبـةَ لا تمنعُ الرجوعَ بنصفِ الصـداق ، فلهُ الرجوعُ بالنصفِ ، وفي كيفيته ثلاثةُ أقوال :

أحـدُهـا : أنَّـه يَرجـعُ إلى النصفِ البـاقي ، فيحصـلُ لـه الكلُ ، وانحصرتْ هبتُها في نصيبها[5] المستقرةِ ، وهذا يُعرف بقول الحصر .

---

(١) العبارة بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقطة من الأصل .

(٢) قال أبو إسحاق : فإذا خالع امرأته لم يلحقها ما بقي من عدد الطلاق ، لأنه لا يملك بضعها ، فلم يلحقها طلاقه ، كالأجنبية ، وعبارته في التنبيه أصرح ، (انظر : المهذب : ٢ / ٧٥ ، التنبيه : ١١٠ ، مغني المحتاج : ٣ / ٢٦٣) .

(٣) في نسخة ف : خالعتك .

(٤) اللفظ من نسخة ف : وفي الأصل : نصف .

(٥) في نسخة ف : نصفها .

والثاني : يَرجعُ إلى نصفِ[1] البـاقي ، وإلى ربعِ قيمـة الجملـة ، وهـذا يعرف بقولِ الإشاعة .

٩٥٤ ـ (عـدْنـا)[2] إلى مسـألتنـا ، فعلى قولِ الحصر ، ينحصرُ الاختلاعُ في نصفها ، ويصيرُ كما لو قـالت[3] : اختلعتُ بمـا يبقى لي في ذمتـك ، وهو نصفُ الصـداق ، وعلى قول الشيـوعِ يفسـدُ نصفُ العـوض ، وفي البـاقي قـولا تفريـق الصفقـة ، فـإنْ جوَّزنـا تفريـقَ الصفقـةِ سُلّم للـزوجِ ثـلاثـةُ أربـاع الصـداقِ ، (نصفٌ)[4] (بحكم)[5] الشطرِ ، وربعٌ بحكمِ الخلعِ ، ويرجـعُ إلى قيمـةِ الربـعِ الباقي ، أو إلى نصف مهر المثل .

المسألة الثالثة عشرة ـ [دعوى المهر] :

٩٥٥ ـ إذا ادعت المرأةُ ألفين في عقـدين ، أحـدُهمـا يـومَ الخميس ، والآخر يـوم الجمعـة ، وأقـامتِ البينـةَ على ذلـك ، حُمِـلَ على تخلـل الطـلاقِ (قبـل الدخول)[6] بينهما ، واستحقت الألفين .

٩٥٦ ـ فإنْ ادّعى الرجلُ الطلاقَ قبلَ المسيس ، ليُسقـطَ النصفَ ، ولم يقم بينةً على المسيس ، قلنا لـه : النكاحُ مثبتٌ لمجموعِ الألفين ، وقـد ثبتَ عقـدان موجبـان لمجموع الألفين ، وأنتِ تـدَّعي المسقـطَ ، وهو الطـلاقُ قبـلَ المسيس ، فعليك بيانه ، وهكذا ذكره الإمامُ في « النهاية » ، وفيه إشكالٌ ، لأنَ كلَ عقد

---

(١) في نسخة ف : بنصف

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : عندنا . وهو تصحيفٌ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : قال .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بربع .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٦) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وساقطة من الأصل .

موجبٌ لكلِ مهرٍ تـام [١٤٢ / ب] بشرطِ عـدم الطلاق ، والأصلُ براءة ذمتـه مما زاد على النصفِ فيتعارضان ، والمنقولُ ما ذكره الإمامُ .

المسألة الرابعة عشرة ـ [حقيقة الخلع] :

٩٥٧ ـ الخلعُ هل هو فسخٌ أو طلاقٌ منقصٌ للعـدد ؟ فيـه قولان ، الأصحُّ الـذي بـه الفتـوى أنـهُ طـلاقٌ منقِصٌ للعـددِ[١] ، فعلى هـذا يصـحُ اختـلاعُ الأجنبي[٢] ، وإنْ قلنـا : إنـه فسـخٌ لم يصـح اختـلاعُ الأجنبي ، لأنَّ الفسـخَ لا يكونُ إلا من المتعاقـدين ، ولا يَقبلُ النكاحُ الفسخَ من الزوجِ فقـط ، إذا لم يجعله طلاقـاً ، لا صريحـاً ولا كنـايـة ، وهل يَقبلُ النكاحُ الفسخَ من الزوجين بغيرِ مالٍ ، إذا لم يجعله طلاقاً ؟ فيه خلاف ، الأصحُّ أنَّه لا يَقبلُ الفسخَ .

المسألة الخامسة عشرة ـ في العُدَد :

٩٥٨ ـ المطلقةُ طلاقاً رجعياً لهـا السكنى والنفقـة والكسوة ، (وإن كانت بائناً حائلاً لها السكنى ، دون النفقةِ والكسوةِ)[٣] ، فـإنْ كانت حـاملاً وجبت لهـا النفقـةُ ، ولكن هل هي للحمل ، أو للحـامل بسبب الحمـل ؟ فيـه قـولان مشهوران ، الأصحُ أنَّهـا للحـامل بسبب الحمـل[٤] ، تظهر فـائـدتها فيما إذا مضى زمانٌ لم ينفق عليها ، إنْ قلنا : إنَّها للحملِ سقطت ، وإنْ قلنا : للحـاملِ ، لم تسقط ، وهو الصحيحُ .

وكذا إذا طلّقَ الحرُ زوجته المملوكةَ حاملاً ، هل تجبُ عليـه النفقـة ؟ إن

---

(١) انظر : المهذب : ٢ / ٧٣ ، مغني المحتاج : ٣ / ٢٦٨ ، شرح المحلي : ٣ / ٣١٢ ، نهاية المحتاج : ٦ / ٤٠٥ .

(٢) قال الشيرازي : ويصح الخلع من غير الزوجة ، وهو أن يقول رجل : طلق امرأتـك بـألف علي ، وقـال أبو ثور : لا يصح . . . وهذا خطأ ، (المهذب : ٢ / ٧٢) .

(٣) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٤) وهو ما عليه التحقيق ، وانظر القولين مع التوجيه ، ومـا يترتب على ذلـك من الخلاف في كتـاب (مغني المحتـاج : ٣ / ٤٤٠ ـ ٤٤١ ، شرح المحلي وحـاشيـة قليـوبي : ٤ / ٨٠ ـ ٨١ ، نهـايـة المحتـاج : ٧ / ٢١١ ، المهـذب : ٢ / ١٦٥) .

قلنا : للحمل ، لم تجب على الزوجِ ، لأنَّ النفقةَ للولد على السيد ، إذ هو رقيق ، لا على الأبِ ، وإن قلنا : للحاملِ ، كانت على الزوجِ الحر ، وكذا إذا طلق الرقيقُ زوجتَه الحامل ، فيه الخلافُ[1] المذكور .

٩٥٩ ـ ولا خلافَ أنَّ القاضي إذا فرضَ على المُطلِّق لزوجته الحاملِ منه ، بعد البينوية ، فرضاً مقدراً للنفقة ، أنه يبقى ديناً في ذمته ، لا يَسقطُ بمرور الزمان ، وإنْ قلنا : إنَّ النفقةَ للحملِ ، وهو الولدُ .

أما إذا لم يقدر القاضي لها نفقةً ، ولا أذنَ المطلقُ لها في الإنفاق من مالها ، ومضت مدةٌ ، هل تسقطُ النفقةُ بمضي المدة ، تفريعاً على قولنا : إنَّ النفقةَ للحمل ؟ فيه خلافٌ ، والأصحُّ أنَّها لا تسقطُ .

وإن فرعنا على أن النفقة للحامل لم تسقطْ قولاً واحداً .

٩٦٠ ـ وحيثُ أوجبنا النفقةَ للحاملِ أو للحملِ ، فلا تجبُ قبلَ ظهورِ الحمل ، وبعد ظهوره ، هل تجب قبلَ الوضع ؟ فيه قولان ، بناءً على أنَّ الحملَ هل يعرف أم لا ؟ وأصحُ القولين أنّه يُعرف ، وأصحهُا أنَّه يجبُ دفعُ النفقةِ إليها بعدَ ظهور حملها يوماً بيوم[2] ، وإنْ قلنا : لا يجبُ الدفعُ إلا بعدَ الوضعِ ، فمتى وضعت وجبَ عليه نفقةُ ما مضى من مدةِ الحملِ .

٩٦١ ـ ولو كان ينفقُ [١٤٣ / أ] علَيها على ظنِ أنَّها حاملٌ ، ثم بانَ كونُه ريحاً ، هل له أن يستردَ ما أنفق عليها ؟ نُظر : إنْ قلنا : يجبُ الدفعُ إليها ، فدفع ، استردَ ، إذ بان[3] أنْ لا حملَ ، وإنْ قلنا : لا يجبُ الدفعُ ،

---

(١) في نسخة ف : خلاف .
(٢) المراجع السابقة في الصفحة السابقة ، هامش ٤ .
(٣) في نسخة ف : لأنه بان

فدفعَ ، نُظِر : إنْ دفع بإذنِ الحاكمِ رجعَ ، وإنْ دفعَ بغيرِ إذنه ، لكن[1] شرطَ أنَّ ذلك عن نفقتها ، إنْ كانت حاملاً ، رجعَ ، وإن لم يَشترطْ فهو متبرعٌ ، فلا رجوعَ (له)[2].

٩٦٢ ـ واعلم أنَّ الحرةَ المطلقةَ طلاقاً بائناً[3] ، إنْ كانت حاملاً فعدتُها لا تنقضي إلا بوضعِ الحملِ ، وإنْ كانت من ذواتِ الأقراء فعدتُها بالأقراء ، وهي الأطهارُ عندنا ، فإذا مضَى عليها ثلاثةُ أقراءٍ بعد الدخولِ بها انقضت عدَّتُها ، وحلَّ لها التزويجُ ، (إذا)[4] لم تتوهم حملاً ، ولا ارتابت ، فإن استشعرت ثقلاً توهمته حملاً فهي المرتابة ، فإذا نكحت في هذه الحالة قبل زوال الريبة ، في صحةِ النكاح قولان .

٩٦٣ ـ وإن كانت المطلقةُ صغيرةً مدخولاً بها ، فعدتُها بالأشهر : ثلاثة أشهر ، وإنْ كانت بالغاً ، وقد حاضت أولاً ، ثم تباعدَ حيضُها لعلةٍ أو رضاعٍ ، فعليها الصبرُ إلى الحيضِ ، (وإنْ بلغتْ)[5] سنَ اليأس ، فلا يجوزُ لها أن تتزوج قبلَ ذلك ، ثم بعدَ بلوغِ سن اليأس تعتدُ بثلاثةِ أشهر ، ثم تتزوجُ بعد ذلك[6].

---

(١) في نسخة ف : ولكن .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) في نسخة ف : ثلاثاً .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فإذا .

(٥) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : أو أن تبلغ .

(٦) المعتبر في اليأس يأس عشيرتها ، وفي قول يأس كل النساء للاحتياط وطلباً لليقين ، وأقصى مدة اليأس ثنتان وستون سنة ، وغالبه أربعون . (انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٣٨٧) .

ولا شك أن هذا الرأي غريب ، ويتنافى مع الحكمة الشرعية من العدة التي شرعت لحفظ الأنساب وبراءة الرحم ، وأن الحيض ونزول الدم ليس مقصوداً لذاته ، وإنما هو علامة وقرينة على براءة الرحم ، فإذا علمت البراءة من طريق آخر عمل به قطعاً ، بدليل أن الشرع الحكيم جعل العدة بالأشهر أيضاً ، ويمكن أن تكون عدة المرأة في الصورة =

٩٦٤ ـ وإنْ كان حيضُها تأخَّرَ بعدَ أنْ حاضت أولاً ، لا لعلةٍ ، من مرضٍ أو رضاعٍ ، فيه ثلاثةُ أقوالٍ : الجديـدُ أنهـا تتربصُ إلى سنِ (اليـأس)[١]، كما إذا (كان لعلةٍ)[٢]، والثاني : أنها تتربصُ تسعةَ أشهرٍ ، ثم تعتدُ بعدَهـا بثلاثـة أشهر أخرى ، ثم تتزوجُ ، وهـذا قولٌ قـديمٌ ، والثـالثُ : أنهـا تتربصُ أربعَ سنين ، ثم ثلاثةَ أشهر بعدها ، ثم تتزوجُ بعد ذلك[٣].

٩٦٥ ـ هـذا كلـه بعـدَ المسيسِ ، أمَّـا إذا طُلقت الزوجـةُ ، قبـلَ المسيسِ ، فلا عدةَ عليها بلا خلاف .

٩٦٦ ـ والمتوفى عنها (زوجُها)[٤]، كيفَ كان بعدَ المسيس أو قبلَـه ، تعتـدُ بـأربعـةِ أشهرٍ وعشرٍ ، سواء كانت من ذواتِ الأقراء ، أو من ذواتِ الشهورِ إذا كانت حائلاً ، فإنْ كانت حـاملاً فعـدتُـهـا تنقضي بوضعِ الحمل ، ولو بعـد الموت بلحظةٍ واحدة ، فمتى وضعت حلَّ لها أن تتزوج[٥].

٩٦٧ ـ ومتى شرعت المرأةُ في عـدةِ الـوفـاة وجبت لهـا السكنى في أحـدِ

= السابقة إما عن طريق الشهور ، بأن تعتد ثلاثة أشهر مثل الصغيرة عند عدم ظهور أمارات الحمل ، وإما أن تعتـد مـدة أطول على احتال أنها حامل ، فتعتد مدة الحمل ، وأقصى مـدة للحمل عنـد الشـافعيـة أربع سنوات ، وهـذا أقسى وأشـد وأبلغ ما يمكن أن نطلبه منها ، وإلا فما هي الحكمة ، ومـا هو الـدليل على الانتظـار عشرين أو ثلاثين سنـة لبلوغ سن اليأس ؟! مع تحمل المشقة في ذلك والنفقة عليها ، ولنتأمل قولـه تعـالى : ﴿ إن ارتبتم فعـدتهن ثلاثـة أشهر ﴾ . وانظر رأي النووي في المتحيرة وتعليق الخطيب عليه في (مغني المحتاج : ٣ / ٣٨٥) .

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل بياض من الكاتب بمقدار كلمتين .

(٣) انظر هـذه الأقـوال مـع التعليـل في (مغني المحتـاج : ٣ / ٣٨٧ ، شرح المحلي : ٤ / ٤٢ ، نهـايـة المحتـاج : ٧ / ١٣٢ ، المهذب : ٢ / ١٤٤) .

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٥) انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٣٩٥ ـ ٣٩٦ ، نهاية المحتاج : ٧ / ١٤٥ ـ ١٤٦ ، شرح المحلي : ٤ / ٤٩ ، المهذب : ٢ / ١٤٦ .

القولين ، وعليه العمل[1] ، وعليها لزومُ المسكنِ إلا لعذرٍ ظاهرٍ ، وإذا كان المسكنُ الذي توفي الزوجُ فيه للزوجِ فلا يجوزُ إخراجها[2] منه .

٩٦٨ ـ وكذلك في حقِ المطلقة ، عليها الاعتدادُ في منزلِ الطلاقِ[3] ، حتى [١٤٣ / ب] لو أراد المطلقُ بيعَه لم ينعقد البيعُ إنْ كانت حاملاً ، وإن كانت عدتها بالأشهر فهو كَبيعِ الدار المستأجرة ، لأنها مستحِقَةٌ منافعها بالإسكان فيه[4] ، وإن كانت الدارُ مستعارةً ، فرجعَ صاحبُها فعلى الزوجِ إسكانُها في موضعٍ يليقُ بها[5] ، وكذا على الورثةِ إسكانها في موضعٍ يليقُ بها ، إذا قلنا : بوجوبِ السكنى في عدةِ الوفاةِ .

٩٦٩ ـ ولو قالَ الوارثُ : الزمي مسكنَ النكاحِ ، وأرادتْ هي الاعتدادَ في منزلٍ آخرَ ، يُستأجرُ لها من التركةِ ، فالظاهرُ أنّه يجبُ عليها ذلك مطلقاً ، وقيل : إنْ كانت مشغولةَ الرحم ، أو متوهمةً شغلاً ، فللوارثِ ذلك مطلقاً ، لأجلِ صيانة (مالِ)[6] المورثِ ، وإن لم تكن ممسوسةً لم يلزمها ذلك ، بل عليها ملازمةُ أي منزل كان .

المسألة السادسة عشرة : في نفقة الحامل المتوفى عنها زوجها[7] :

٩٧٠ ـ إذا ماتَ رجلٌ عن زوجته الحاملِ منه ، ولم يصدرْ منه طلاقٌ قبلَ

---

(١) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٣ ، شرح المحلي : ٤ / ٥٤ ، نهاية المحتاج : ٧ / ١٥٤ ، المهذب ، المرجع السابق .

(٢) في نسخة ف : إزعاجها .

(٣) انظر : المراجع السابقة ، المهذب ٢ / ١٤٧ .

(٤) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٦ ، نهاية المحتاج : ٧ / ١٦٠ ، شرح المحلي : ٤ / ٥٦ .

(٥) المراجع السابقة .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ما .

(٧) لا تستحق المتوفى عنها زوجها نفقة ، وإن كانت حاملاً ، لقوله ﷺ : « ليس للحامل المتوفى عنها زوجها =

موتِـه ، لا شـكَ أنَّ الميراثَ موقوفٌ بين الحمـلِ وبقيـةِ الأولادِ إلى أنْ يظهر أمرُ الحملِ بـالوضـعِ ، أو تتبين حـالُـه ، فهـل يُنْفَـقُ على المعتـدةِ الحـامـلِ من المـالِ الموقوف ؟

قالَ الإمامُ : لا تستحقُ النفقةَ من التركةِ ، سواء قُلنا : إنَّ النفقـةَ للحملِ أو للحاملِ ، لأنا إنْ قلنا : إنَّها للحملِ ، فنفقةُ القريبِ تَسقـطُ بـالموتِ ، وإن قلنا : للحاملِ ، فلا نفقـةَ لهـا ، لأنَّ النكاحَ قـد زالَ ، وهي الآن حـاضنتُـه ، ولا تجبُ نفقةُ الحاضنةِ في تركة الميت .

٩٧٠ / ٢ ـ قال صاحب الكتـاب : هـذا قولُ الإمـامِ ، وقـال المتولي في هذه المسألة : إنَّا إنْ قلنا : إنَّ النفقةَ للحملِ وجبتِ النفقةُ في مـالـهِ الموقوف ؛ لأنَّه كما تجبُ نفقتُه في ماله بعد الانفصالِ ، فكذا قبلَ الانفصـالِ ، وإنْ قلنـا : إنَّ النفقةَ للحاملِ ، لم تجب لها النفقةُ ، لأنَّها بانت[1] بالموتِ ، فلا نفقةَ لها .

٩٧١ ـ قال صاحبُ الكتاب : والذي ذكره الإمـامُ أقربُ إلى القيـاسِ ، فإنَّ الهجومَ على الإنفاقِ من مالٍ موقوفٍ على امرأة أجنبيـة ، بسببِ أمرٍ يُظن كونـهُ حملاً ، وربمـا يكـون ريحـاً فينفشُ ، أو لعلـه ينفصـلُ ميْتـاً ، بعيـدٌ عن القيـاس ، ولمـا ذكره المتولي وجـهٌ ، وهو أنَّ الحملَ إذا حُكِمَ بـوجـوده ، ووقفت قسمةُ التركةِ بسببه ، كانَ محكوماً لـه في ظـاهرِ الشرعِ بشيء من التركـة ، فـإذا فرّعنا على (أنَّ)[2] النفقةَ للحملِ ، فالإنفاقُ عليه [١٤٤ / أ] من مالهِ المرصَدِ له ، على تقريرِ وجودِه وانفصالِه حياً ، غيرُ بعيد .

= نفقة » رواه الدارقطني بإسناد صحيح ، وقال الشافعي : لا أعلم مخالفاً في ذلـك ، وكلام المصنف التـالي يحمل على أن النفقة لها من مال الحمل لحضانته ، ولا يستحق الحمل نفقة في مال والده لسقوط النفقة بـالموت ، انظر تفصيل ذلـك في (مغني المحتاج : ٣ / ٤٤١ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢١١ ، شرح المحلي : ٤ / ٨١) .

(١) في نسخة ف : فاتت .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

٩٧٢ ـ ثم إذا أنفق على الحامل لأجلِ الحمل على قولنا : إنَّ النفقةَ للحملِ على ظن وجوده وانفصاله ، ثم تبينَ أنْ لا حملَ ، أو انفصلَ ميتاً ، رجعَ على الحاملِ بما أنفق عليها ، وإنْ انفصلَ حياً لما زادَ على ستة أشهر ، فقد علمنا قطعاً انسلاك الحياةِ (فيه منَ حينِ ظهور كونه حملاً ، وأنَّه اغتذى بواسطةِ غذاء أمهِ ، فصارَ إليه من مالِه ما أُنفقَ عليه منه)[١].

المسألة السابعة عشرة ـ في النفقات :

٩٧٣ ـ إذا امتنعت المرأةُ من تسليمِ نفسِها قبلَ الدخولِ إلا بتسليمِ (حالٍّ)[٢] صداقِها فلها ذلك[٣]، (بلا خلافٍ)[٤]، وهل تستحقُ النفقةَ ؟ فيه وجهان ، الأصحُ نعم ، لأنها ممتنعةٌ بحق[٥].

٩٧٤ ـ وإن كانت مدخولاً بها لم يكنْ لها بعدَ الدخولِ بها أنْ تمتنعَ من تسليمِ نفسها لأجل الصداقِ[٦]، فلو منعتْ نفسَها ـ والحالة هذه ـ كانت ناشزةً لا نفقةَ لها .

٩٧٥ ـ ومهما غابَ الزوجُ ، والزوجةُ في مسكنه ، لم يُوجد منها نشوزٌ ، فنفقتُها واجبةٌ عليه ، فإذا رفعتْ أمرَها إلى الحاكمِ فرضَ لها قدراً تستدينه ، وتستعيدُ به على الزوجِ في ماله ، إنْ عجزَ الحاكمُ عن مالٍ موجودٍ للزوج ، يَدفعُ إليها منه قدرَ النفقة .

---

(١) ما بين القوسين فيه رطوبة وتعفن في الأصل ، فضاعت بعض الحروف والكلمات ، وأتممنا الناقص من نسخة ف .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٢٢٢ ، ٤٣٥ ، نهاية المحتاج : ٦ / ٣٣٨ ، شرح المحلي : ٣ / ٢٧٧ .

(٤) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٥) انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٤٣٥ .

(٦) انظر : التنبيه : ١٠٨ ، مغني المحتاج : ٣ / ٢٢٣ ، شرح المحلي : ٣ / ٢٧٨ ، نهاية المحتاج : ٦ / ٣٣٩ .

٩٧٦ ـ ولو نشزتْ في حضورِ الزوجِ ، فغابَ الزوجُ بعد ذلك ، فعادت إلى المسكنِ ، (هل)[١] يعودُ استحقاقُها للنفقةِ ؟ فيه وجهان ، ذكرهما المراوزة .

وقالَ العراقيون : لا يعودُ ما لمْ يرْفعِ الأمرُ إلى القاضي ، فيحكمُ بطاعتِها ، ويكتبُ القاضي إلى الزوج ليعرفه بذلك ، حتى يرجعَ إلى زوجته لينفق عليها ، أو يبعثَ لها نفقةً من البلد الذي هو فيه ، فإنْ مضتْ مدةً يمكنه الرجوعُ فيها ، فلم يَرجع ، بعدَ أنْ علمَ الحاكمُ بالحال ، وجبت نفقتُها قولاً واحداً[٢] .

٩٧٧ ـ ولو غابَ ، وهو موسرٌ في الغيبة ، لا يثبتُ لها الفسخُ على الأصحِ[٣] ، ولو انقطع خبرُه ، ولم يُعلم إعسارُه ولا يسارُه ، بل جُهل حالُه ، هل يثبتُ لها الفسخُ ؟ فيه وجهان مشهوران ، واختارَ بعضُ الأصحابِ أنّه لا فسخَ لها[٤] ، واختارَ بعض المتأخرين منهم أنَّ لها الفسخ .

٩٧٨ ـ ولو امتنعَ من الإنفاق في حضوره ، وهو موسرٌ ، لا فسخَ على أصح الوجهين ، وأظهرُهما أنَّ الأخذَ بالسلطان ممكنٌ ، وهل تملكُ المرأةُ إذا غابَ عنها زَوجُها ولايةَ الاستدانة عليه ، ما تنفقهُ عليها وعلى ولدها منه ؟ فيه خلافٌ ، قيل : نعم ، لقصةِ[٥] هِنْدٍ[٦] ، [١٤٤ / ب] فإنَّ النبيَّ ﷺ قالَ لها :

---

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٤٣٨ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢٠٧ ، شرح المحلي : ٤ / ٧٨ .

(٣) انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٤٤٢ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٤٤٢ ، شرح المحلي : ٤ / ٨١ .

(٤) وهو ما اختاره أبو إسحاق الشيرازي والخطيب الشربيني والرملي (انظر : المهذب : ٢ / ١٦٤ ، مغني المحتاج : ٣ / ٤٤٢ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢١٣) .

(٥) في نسخة ف : لقضية .

(٦) هي هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس ، القرشية العبشمية ، أم معاوية بن أبي سفيان ، أسلمت في =

« خُذي ما يَكْفِيكِ وولدَك بالمعروفِ »[1]، وقيل : لا ، وهو الأصحُ ، ما لم يُرفعِ الأمرُ إلى القاضي ، فيفعلُ ذلك .

وقصةُ هندٍ محمولةٌ (على أنَّ النبيَّ ﷺ حكَمَ لها بذلك ، وأذنَ لها فيه ، فإنه كان سيدُ الحكام ﷺ ، ولو كانَ الأبُ حاضراً ، فمنع النفقةَ ، هل للأم أخذُ النفقةِ من ماله بدون)[2] إذنه ؟ فيه وجهان ، مأخذُهما الترددُ في أنَّ إذنَ الرسول ﷺ لهندٍ ، هل كانَ شرعاً أو قضاء[3]؟ ولو استقرضت عليه ، فوجهان مرتبان ، وأولى بالمنع ، (ولو أنفقت من مالها ، فوجهان مرتبان ، وأولى

= الفتح بعد إسلام زوجها أبي سفيان ، وقد حسن إسلامها ، وشهدت اليرموك مع زوجها ، وتوفيت في اليوم الذي مات فيه والد أبي بكر الصديق في أول خلافة عمر رضي الله عنهم ، وكانت ذات عقل ورأي وأنفة ، وشهدت أحداً مع الكفار ، وفعلت كثيراً ، وناقشت رسول الله ﷺ في البيعة . (انظر : تهذيب الأسماء : ٢ / ٣٥٧ ، أسد الغابة : ٧ / ٢٩٢ ، الإصابة : ٨ / ٢٠٦) .

(١) هذا جزء من حديث صحيح ، رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه والبيهقي عن عائشة رضي الله عنها ، قالت : دخلت هند بنت عتبة ، امرأة أبي سفيان ، على رسول الله ﷺ ، فقالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ، ويكفي بَنيّ ، إلا ما أخذت من ماله بغير علمه ، فهل علي في ذلك من جناح ؟ فقال رسول الله ﷺ : خذيْ من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك » ، وهذا لفظ مسلم ، وعند أبي داود : « خذي ما يكفيك وبنيك بالمعروف » وعند النسائي : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » ، (انظر : صحيح البخاري بحاشية السندي : ٤ / ١٦٠ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ١٢ / ٧ ، سنن أبي داود : ٢ / ٢٦٠ ، سنن النسائي : ٨ / ٢١٦ ، سنن ابن ماجه : ٢ / ٧٦٩ ، السنن الكبرى ، البيهقي : ١٠ / ١٤٢ ، الفتح الكبير : ٢ / ٨٦) .

(٢) أصاب العفن والرطوبة ما بين القوسين في الأصل ، وأضاع بعض الحروف ، وتعذر قراءتها كاملة إلا بتعويض الناقص من نسخة ف .

(٣) اختلف الأئمة في تكييف حديث هند ، هل هو فتوى وبيان حكم شرعي يشمل كل مسلم ، ويعمل به دون الرجوع إلى القاضي ، وأنه ورد في حيز الحلال والحرام ؟ أم هو حكم قضائي في دعوى مرفوعة إلى النبي ﷺ ، وأن المرأة لا يحق لها الأخذ من مال زوجها إلا بالرجوع إلى القاضي ؟ وينبني على ذلك أن رسول الله ﷺ قضى على أبي سفيان وهو غائب ، وقضى عليه بعلمه ببخله ؟ ذهب إلى الأول الحنفية والحنابلة والمالكية ، لأن الغالب في أقوال الرسول ﷺ أنها فتيا وشرع ، لأنه مبلغ عن ربه ، وذهب الشافعية إلى الثاني . (انظر : الطرق الحكمية : ١٩٦ ، الفروق : ٤ / ٤٥ ، الإحكام في تمييز الفتاوي من الأحكام : ٢٧ ، شرح النووي على صحيح مسلم : ١٢ / ٧ ، المغني : ١٠ / ٤٨ ، وسائل الإثبات : ٢ / ٥٧٥) .

بالمنعِ)[1].

٩٧٩ ـ ولو كان للطفلِ مالٌ ، فأرادتِ الإنفاقَ عليه من ماله ، من غيرِ مراجعةِ القاضي فوجهان مرتبان ، وأولى بالجوازِ .

المسألة الثامنة عشرة ـ في الفسخ بالإعسار بالصداق وبالنفقة والكسوة :

٩٨٠ ـ أما الفسخُ بالإعسارِ بالصداق ، يُنظر : إنْ كان قبل المسيس : فيه خلافٌ ، والصحيحُ الفسخُ[2] ، وإنْ كان بعدَ المسيس فيه خلافٌ ، والصحيحُ عدمُ الفسخِ ، وعليه العملُ[3] ، مع أن الشيخَ أبا إسحاق والبغويَّ وابنَ أبي عصرون اختاروا الفسخَ بعدَ المسيس[4] .

٩٨١ ـ وأما الإعسارُ بالنفقةِ : قطعَ العراقيون بالفسخِ[5] ، وذكرَ المراوزةُ فيه قولين .

الأصحُ نعم ، ثم ذكروا تردُّداً في أنا إذا قلنا : إنَّ لها الفسخَ بالإعسارِ بالنفقة ، فمنشأ الفسخِ أنَّه (إنْ)[6] كانَ لِعيبِ الزوجِ بكونه مُعْسِراً ،

---

(١) العبارة بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقطة من الأصل .

(٢) انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٤٤٤ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢١٥ ، شرح المحلي : ٤ / ٨٢ ، المهذب : ٢ / ٦٢ ، التنبيه : ١٠٨ .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) الواقع أن الشيخ أبا إسحاق لم يرجح في كتابه التنبيه الفسخ ، وإنما اقتصر على ذكر القولين ، فقال : وإذا أعسر الرجل بالمهر قبل الدخول ثبت لها الفسخ ، وإن أعسر بعد الدخول ففيه قولان ، ولا يجوز الفسخ إلا بالحاكم ، (التنبيه : ١٠٨) ، أما في (المهذب : ٢ / ٦٢) ، فقد ذكر القولين واختار الفسخ ، وقال : وهو الصحيح ، لأن البضع لا يتلف بوطء واحد فجاز الفسخ والرجوع إليه .

(٥) وهو ما ذكره أبو إسحاق الشيرازي واقتصر عليه ، (المهذب : ٢ / ١٦٤) ، وقال النووي : « فلها الفسخ على الأظهر » ، (انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٤٤٢ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢١٢ ، شرح المحلي ٠ ٤ / ٨١) .

(٦) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(ونقضه)[1] بذلك ، فيلتحقُ بالعيوبِ الخمسةِ ، أو كانْ لتضررِها بعدمِ النفقةِ ، فيه خلاف ، وهذا لم يعرفه العراقيون ، ولا ذكروه .

٩٨٢ ـ والصحيحُ أن الإعسارَ ليس بعيبٍ ، ولا يثبتُ لها الفسخُ به ، لكونه عيباً ، وإنما يثبتُ لها الفسخُ لعدم وصولها إلى النفقةِ التي هي عوضُ حبسِها ، وتسلُّطِه على وطئها ، ومنعِها من الخروجِ والبروزِ ، والدليلُ على هذا (أنَّها)[2] لو أرادتِ المرأةُ أنْ تتزوجَ بمعسرٍ لم يكنْ للأولياء منعُها على الصحيحِ منه ، إذ لا يتعيرون بذلك ، ولو أرادت أن تتزوجَ بمجذوم أو أبرصَ كان لهم منعُها ، لما فيه من التعييرِ قولاً واحداً .

٩٨٣ ـ ومتى أعسرَ وأرادت الفسخَ ، فطلبَ الإمهالَ ثلاثة أيام ، هل يمهلُ ؟ فيه قولان ، الأصحُ نعم[3] .

وإنْ قلنا : لا يُمهل ، فمتى تتسلطُ على الفسخِ ؟ يحتملُ أنْ يقالَ إلى وسطِ النهارِ ، ويحتملُ أنْ يُقالَ [١٤٥ / أ] إلى انقضائه ، ويحتمل أنْ يقالَ : حتى يمضي يوم وليلة .

وهذه الاحتمالات ذكرها الإمامُ ، ثم قالَ : ولا خلافَ أنها لا تبادرُ الفسخَ صبيحةَ اليوم الذي أعسرَ فيه ، مع أنَّ النفقةَ يجبُ تسليمُها في أولِ النهار ، لأن الغالبَ أنَّ الناس يكسبون قوتَ يومهم فيه .

وإن قُلنا : (يمهلُ)[4] ، فلو انقضتْ ثلاثةُ أيامٍ ، ثم جاءَ بالنفقةِ صبيحةَ اليومِ الرابع لليومِ الرابعِ ، فليس لها الفسخُ ، وليس لها أنْ تقولَ : آخذ هذه النفقة عن يومٍ من الأيامِ الثلاثة الماضية ، لأنَّ العبرةَ بقولِ المؤدي ونيته ،

---

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : أو نقصه .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أنه .

(٣) انظر : المهذب : ٢ / ١٦٠ ، مغني المحتاج : ٣ / ٤٤٤ ، نهاية المحتاج : ١ / ٢١٥ ، شرح المحلي : ٤ / ٨٣ .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لها .

نعم ، تصيرُ نفقةُ الأيامِ الثلاثةِ الماضيةِ ديناً لها في ذمته .

المسألة التاسعة عشرة ـ في الحضانة :

٩٨٤ ـ والأمُّ مقدمةٌ فيه على الأبِ في حقِ الطفل الذي لا يميز ، لأنَّها أقومُ بتربيةِ الطفلِ من الرجل ، ومتى تزوجت بأجنبيٍّ سقطتْ حضانتها ، وكذا إذا تميَّزَ ، لكنه بعد التمييز : يُخيرُ بينها وبين الأب ، فإن اختارَ الأمَّ ، وكان ابناً ، كان عندها بالليلِ ، وفي النهارِ يتركه الأبُ عند من يُعَلِّمه الخطَ ، (أو يعلِّمه)[1] صنعةً يحترفُ بها[2] ، وإن اختارَ الأبَ ، وكانت بنتاً ، وكانت عند أبيها ليلاً ، وتلاحظُها الأمُّ نهاراً ، لتعَلُّمِ ما جرتْ عادةُ البناتِ أنْ تتعلمه من تطريزٍ أو خياطةٍ ، أو غيرِ ذلك[3] ، إنْ كانتِ البنتُ المتنازعُ في حضانتها ، مما جرت عادةُ أمِّها وأقاربِها أنْ تتعلمَ بناتُهم ذلك[4] .

وهل يجري التخييرُ بين الأمِّ وبين الأخِ مثلاً ، (أو العم)[5] ؟ فيه وجهان[6] ، وكذا بين الأبِ والخالةِ والأختِ ، إذا قلنا : إنَّ الأبَ مقدمٌ عليهما

---

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : ويعلمه .

(٢) انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٤٥٨ ، شرح المحلي : ٤ / ٩١ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢٣٣ ، المهذب : ٢ / ١٧٢ ، التنبيه : ١٣١ ، وسكت المصنف عن الافتراض الثاني ، وهو إن كان الولد ابناً واختار الأب ، كان عنده بالليل والنهار ، ولا يمنعه من زيارة أمه ؛ (انظر : المهذب ، المرجع السابق ، التنبيه ، المرجع السابق ، مغني المحتاج : ٣ / ٤٥٧ ، شرح المحلي ، المرجع السابق ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢٣٢) ، وسوف يذكر المصنف هذه المسألة كاملة فقرة ٩٩٧ .

(٣) كذلك سكت المصنف هنا عن الافتراض الثاني ، وهو إن كانت بنتاً واختارت الأم ، كانت عندها ليلاً ونهاراً ، (انظر : المهذب : ٢ / ١٧٢ ، التنبيه : ١٣١) .

(٤) نلاحظ مدى حرص الشريعة على تعليم الصغار سواء كانوا ذكوراً أو إناثاً ، كما نلاحظ مدى الاهتمام بتوجيه الابن والبنت نحو تعلم الصناعة والمهن التي تكون في اليد سلاحاً وذخيرة في مستقبل الإنسان ، وذلك منذ نعومة أظفاره .

(٥) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : والعم .

(٦) الوجهان مبنيان على الخلاف في حق غير الأب والجد في الحضانة ، فإن كان لها حق وهو الصحيح فيجري =

في الحضانةِ ، وهو الصحيحُ[1] .

٩٨٥ ـ ومتى امتنعت الأمُّ من الحضانةِ ، أو غابت ، فالحضانةُ تنتقلُ إلى الجدةِ ، أمِّ الأمِّ ، على الأصحِّ[2] ، وفيه وجهٌ أنَّها تنتقلُ إلى الأبِ ، وهو بعيد .

٩٨٦ ـ في تقديمِ الأبِ على الأخواتِ ثلاثةُ أوجه ، في الثالثِ : يفرَّقُ بين الأختِ للأب ، فيُقدمُ عليها ، دون الأختِ للأبوين ، وفي تقديمِ الأبِ على الخالةِ وجهان مشهوران[3] .

٩٨٧ ـ والأخواتُ يُقدمن على الخالاتِ ، والخالةُ تقدمُ على بنتِ الأخِ ، وعلى العمةِ ، والأختُ من الأبِ تُقَدَّمُ على الأختِ للأمِّ على الجديد ، وبناتُ الإخوة يُقدمن على العمات ، [١٤٥ / ب] والخالاتُ يُقدمن على بناتِ الإخوة[4] ، أما بناتُ الخالاتِ وبناتُ العماتِ ، هل لهن حقٌ في الحضانةِ ؟ فيه وجهان[5] .

٩٨٨ ـ والأخُ للأمِّ مقدَّمٌ على العمِّ على أظهرِ الوجهين ، (والخالُ)[6] وأبو الأم والعم من الأم متأخرون عن الوارثِ ، وهل لهم حقٌ في (الحضانةِ ؟ فيه وجهان)[7] .

= التخيير ، وإن لم يكن لها حق في الحضانة فلا تخيير ويترك مع الأم ، (انظر : المهذب : ٢ / ١٧١ ، ١٧٣ ، مغني المحتاج : ٣ / ٤٥٧ ، شرح المحلي : ٤ / ٩١ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢٣٢) .

(١) انظر : المهذب : ٢ / ١٧١ ، مغني المحتاج ، المرجع السابق ، شرح المحلي ، المرجع السابق ، نهاية المحتاج ، المرجع السابق .

(٢) وهو الراجح في المذهب ، (انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٤٥٦ ، شرح المحلي ، المرجع السابق ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢٣١) .

(٣) والراجح تقديم الأب ، (انظر : المهذب : ٢ / ١٧١) .

(٤) انظر : شرح المحلي : ٤ / ٨٩ ، مغني المحتاج : ٣ / ٤٥٣ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢٢٦ .

(٥) والراجح أن لهن حق الحضانة ، (انظر : مغني المحتاج ، المرجع السابق ، شرح المحلي ، المرجع السابق ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢٢٧ ، حاشية البجيرمي : ٤ / ٨٥) .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الخالات .

(٧) الورقة معطوبة ومثقوبة فيما بين القوسين ، وسياق كلام المصنف يقتضي هذا التقدير ، وهو الموجود في =

فإنْ قلنا : لا حقَّ لهم ، فلا خلافَ أنَّ المستحبَّ أنَّ القاضي (يُسلِّم إليهم ، إذ هم)[1] على كلِّ حالٍ أشفقُ من الأجانب .

والصحيحُ أنَّ ابنَ الخالِ وابنَ الخالةِ لا حقَّ لهما في الحضانة .

٩٨٩ ـ ولو كانَ العصبةُ ابنَ عمٍّ ، وقلنا : إنَّ الحضانةَ تثبتُ للعصبةِ ، فإنْ كانَ الولدُ ابناً خُيِّر بينه وبين الأمِّ ، وإنْ كان بنتاً كانت عند الأمِّ إلى أنْ تبلغَ ، ولا يُخير بينهما ، لأن ابنَ العم ليسَ بمحرَمٍ لها ، فلا يجوزُ تسليمُها إليه[2] .

ولو كان العصبةُ عمّاً أو أخاً أو ابنَ أخ خُيِّر بينه وبين الأمِّ ، ذكراً كان أو أُنثى . هذا كله في حقِّ الصغير ، وكذلك الحكمُ في البالغِ غير الرشيد ، والذكرُ البالغُ الرشيدُ (يستقلُّ)[3] بنفسه من غيرِ إعراضٍ ، والجاريةُ البالغةُ البكرُ : الظاهرُ أنَّ للأبِ أنْ يسكنَها موضعاً ، ولا استقلالَ لها مع كونها رشيدة ، وفيه وجهٌ أنَّ لها الاستقلالَ بشرطِ عدم الريبة[4] .

= نسخة ف ، علماً بأن الشيرازي قال : « ولا حضانة لمن لا يرث من الرجال من ذوي الأرحام ، وهم : أبو الأم والخال والعم من الأم » ، (المهذب : ٢ / ١٧٠) ، ثم قال بعد ذلك : « وإن عدم أهل الحضانة من العصبات والنساء ، وله أقارب ، من رجال ذوي أرحام ، ومن يدلي بهم ، ففيه وجهان ، أحدهما : أنهم أحق من السلطان ، لأن لهم رحماً ، والثاني : أن السلطان أحق بالحضانة » ، (المهذب : ٢ / ١٧٢) .

أما الخالات فلهن حق في الحضانة قولاً واحداً ، ولا يشملهم التساؤل في حقهن بالحضانة ، ولذا رجحت لفظة نسخة ف « الخال » على لفظة الأصل : الخالات .

(١) الورقة في الأصل مثقوبة فيما بين القوسين ، والعبارة من نسخة ف ، ق ١٥٦ / أ .

(٢) انظر : حاشية البجيرمي : ٤ / ٨٥ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٣ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢٢٨ ، شرح المحلي : ٤ / ٨٩ ، المهذب : ١ / ١٣٣ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يشتغل .

(٤) قال الشيرازي : « وإذا بلغ الغلام ولي أمر نفسه ، وإن بلغت الجارية (أي البنت) كانت عند أحدهما حتى تزوج » ، (التنبيه : ١٣١) ، وقال أيضاً : « وإن كانت جارية كره لها أن تنفرد ، لأنها إذا انفردت لم يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها » ، (المهذب : ٢ / ١٧٠) ، وقال الخطيب الشربيني : « وإن كان أنثى فإن بلغت رشيدة فالأولى أن تكون عند أحدهما حتى تتزوج إن كانا مفترقين ، وبينهما إن كانا مجتمعين ، لأنه أبعد عن التهمة ، ولها أن =

٩٩٠ ـ وأما (الثيبُ فتستقلُّ)[١] بنفسها إذا تمَّ رشدُها بالممارسةِ ، بشرطِ عدمِ الريبة ، فإن كانت تُتهم بريبةٍ فلعصباتها ولايةُ إسكانِها وملاحظتِها ، دفعاً للعار عن النسبِ ، ولا يثبتُ هذا إلا لمن له ولايةُ التزويج .

٩٩١ ـ ولو ادعى الوليُّ الريبةَ ، وأنكرتْ ، فقد قيلَ : إنَّ القولَ قولُه ، إذ تبعدُ مطالبتُه بالإثباتِ بالبينةِ ، فإنَّ فيه إفصاحاً بجرِّ العارِ[٢] ، وقيل : القولُ قولُها ، لأنّ إثباتَ الأحكامِ على عاقلةٍ رشيدةٍ بمجرد دعوى[٣] الوليّ بعيدٌ ، لكنَّ تكليفَ الولي إقامةَ البينة على ذلك أبعدُ منه .

٩٩٢ ـ والأولى **عندي** في هذا أن يَنظرَ الحاكمُ إلى الولي المدعي للريبة ، فإن ظهَر له منه عنادٌ وتعنتٌ ونكدٌ ، وكانَ من أهل ذلك ، ولم تكنِ المرأةُ من أهله ، لم يُقبل قولُه ، ويكلفُه إثباتَه ، وإن ظهرَ له منه إرادةُ المصلحة والستر ، وكانَ من أهلِ العدالةِ والخيرِ ، فيظهرُ (له)[٤] قبولُ قوله وتصديقه .

٩٩٣ ـ أما الوارثُ الذي ليس بمَحْرَمٍ ، كبني الأعمام ، فحقُّهم في الحضانةِ في الصبي والصبيةِ التي لا تُشْتهى ، [١٤٦ / أ] دونَ التي تُشْتهى ، فإنَّها إذا كانت مشتهاةً لا تُخيرُ بين الأمِ وبينه ، بل تكونُ عندَ الأمِ .

= تسكن حيث شاءت ، ولو بأجرة ، هذا إذا لم تكن ريبة ، فإن كانت فللأم إسكانها معها ، وكذا للولي من العصبات إسكانها معه إذا كان محرماً لها ، وإلا ففي موضع لائق بها ، يسكنها ويلاحظها ، دفعاً لعارِ النسب » ، (مغني المحتاج : ٣ / ٤٥٩) ، وانظر أيضاً : حاشية البجيرمي : ٤ / ٩٢ .

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : البنت فتشتغل .

(٢) رجح الخطيب هذا القول ، واقتصر عليه ، فقال : « ويصدق الولي بيمينه في دعوى الريبة ، ولا يكلف بينة ، لأن إسكانها في موضع البراءة أهون من الفضيحة لو أقام بينة » ، (مغني المحتاج : ٣ / ٤٦٠) ، وانظر : حاشية قليوبي على المحلي : ٤ / ٩١ .

(٣) في نسخة ف : قول .

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

٩٩٤ ـ ومهما ثبتت الحضانةُ للأم ، والأبُ موجودٌ معها ، فأرادَ السفرَ ، نُظر : إن كان سفرَ نقلة ، والمسافةُ مسافة (القصرِ ، فما فوقَها ، والطريقُ)[1] آمنٌ ، فله ذلك ، إلا أنْ تخرجَ الأمُّ معه ، وتسافرَ (صحبةً ، فهي أحقُّ ، وإنْ)[2] كانَ سفرَ تجارةٍ أو نزهةٍ ليس له أخذُه في قصرِ (المسافةِ ، وفي طولِها وجهان)[3] ، وإنْ كان سفرَ نقلة ، لكنَّه دون (مرحلتين ، فوجهان أيضاً ، ولو)[4] تنازعا ، فقال الأبُ : أريدُ النقلةَ ، وأنكرتِ (المرأةُ)[5] ، فالقولُ قولُه ، لأنه أعرفُ بنيتِه ، وهل يحلِفُ ؟ فيه وجهان[6] .

٩٩٥ ـ وكذلك يثبت حقُّ النقلةِ لكلّ عَصَبةٍ مَحْرَمٍ كالأخِ وابن الأخ والعم ، مراعاةً للنسبِ ، فإنْ لم يكن محرَماً كابن العم ، فإن كان المولودُ ذكراً ثبتَ له حق النقلة[7] ، وإنْ كانَ أنثى لم يثبتْ له حقُّ النقلةِ ، ويُترَكُ عندَ الأمِّ .

---

(١) ما بين القوسين مطموس في الأصل ، والعبارة من نسخة ف ، وإنما يشترط في ذلك شرطان ، أن يكون الطريق مأموناً ، وأن يكون البلد المسافر إليه آمناً من غير خوف ، وقيل : يشترط مسافة قصر بينهما ، وهو ما اشترطه المصنف ، (انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٤٥٩ ، شرح المحلي : ٤ / ٩٢ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢٣٤ ، المهذب : ٢ / ١٧٣)

(٢) ما بين القوسين مطموس في الأصل ، وأكملت الكلام من نسخة ف ، (انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٤٥٨ ، شرح المحلي ، المرجع السابق ، نهاية المحتاج ، المرجع السابق ، المهذب : ٢ / ١٧٣ ، حاشية البجيرمي : ٤ / ٨٩) .

(٣) ما بين القوسين مطموس في الأصل ، ووضعته من نسخة ف ، (انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٤٥٨ ، شرح المحلي ، المرجع السابق ، نهاية المحتاج ، المرجع السابق ، المهذب : ٢ / ١٧٣ ، حاشية البجيرمي : ٤ / ٨٩) .

(٤) ما بين القوسين مطموس في الأصل ، وأتممته من نسخة ف ، والأصح من الوجهين أن الأب أحق من الأم ، لأنه لا يشترط في سفر النقلة مسافة القصر ، لأنه لا فرق في هذه الحالة بين مسافة القصر وغيرها ، وقيل يشترط مسافة القصر بين البلد المنقول عنه وإليه ، لأن الانتقال لما دونها كالإقامة في محلة أخرى من البلد المتسع ، لإمكان الأب مراعاة الولد ، (انظر : المراجع السابقة هامش ١) .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٦) والراجح أنه يحلف ، لأن كل من كان القول قوله صدق بيمينه ، وهو ما بينه الخطيب الشربيني ، (انظر : المهذب : ٢ / ١٧٣ ، مغني المحتاج : ٣ / ٤٥٩ ، حاشية قليوبي : ٤ / ٩٢) .

(٧) انظر : المراجع السابقة هامش ١ .

٩٩٦ ـ ولا يثبتُ حقُّ النقلةِ للخالِ ، ولا للأخِ من الأمِّ ، ولا (للعم)[١] للأم ، لأنَّهم ليسوا من أهلِ نسبه ، فلا يثبتُ لهم حقُّ النقلةِ ، لحفظِ نسب ليسوا من أهله ، والله أعلم[٢] .

[تخيير المميز] :

٩٩٧ ـ ومهما بلغَ الطفلُ سنَّ التميز ، وميّز[٣] ، وتنازعَ الأبوان في كفالته ، وخيرناه بينهما ، نُظر : إن لم يختر واحداً منهما أُقرع بينهما ، فلمن خرجت القرعةُ (له)[٤] سُلّم إليه[٥] ، وإن اختارَ أحدَهما ، فإنْ كان ابناً فاختار الأمَّ كان عندَها ليلاً ، وعند أبيه في النهار ، يُسلِّمهُ في حرفةٍ أو مكتب ، ويؤدبُه ، وإنْ اختارَ الأبَ سلّم إليه ، ليلاً ونهاراً ، ولا يمنعه الأبُ من زيارةِ أمه ، فإنْ مرضَ كانتِ الأمُّ أحقَّ بتمريضه ، لأنَّه بالمرضِ صارَ كالصغيرِ في الحاجة إلى من يقوم بمصالحه ، فكانت الأمُّ أحقَّ به .

[تخيير البنت] :

٩٩٨ ـ هذا كلُّه إنْ كان الطفلُ الذي قد ميّز ابناً ، فإن (كانت)[٦] أنثى ، إنْ اختارت أحدَهما ، أيهما كان ، كانَ أحقَّ بها ليلاً ونهاراً ، (ولكن)[٧] لا يُمنعُ الآخرُ من زيارتها من غير تبسطٍ ولا إطالةٍ ، وإنْ مرضت كانت الأمُّ أحقَّ بتمريضها في بيت الأم ، لما ذكرناه في حق الابن .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : العم .

(٢) انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٤٥٩ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢٣٥ .

(٣) سنُّ التمييز سبع سنين ، وقيل ثمان .

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٥) انظر : المهذب : ٢ / ١٧٢ .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كان .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لكن .

٩٩٩ ـ واعلم أنّا ذكرنا في أول هذه المسألةِ أنَّ الأمَّ متى تزوجت بأجنبي سقطت حضانتُها[١]، وهذا متفقٌ عليه عندنا[٢]، وعلته أنَّ الحضانةَ تعتمد الفراغ ، ومتى تزوجتِ الأمُّ اشتغلت باستمتاعِ الزوج عن تربيةِ الطفل والقيام [١٤٦ / ب] بأمره ، فسقطت حضانتُها ، واحترزنا بالأجنبي عما إذا تزوجتِ الأمُّ بمن له حق (في)[٣] الحضانةِ ، كعمِّ الولدِ ، فهل تسقطُ حضانتها ؟ المشهورُ لا ، وفيه وجه أنّها تسقط ، ولا يخفى (تقريرُ كل منهما ، ولو كانت الحضانةُ)[٤] للجدةِ أمِّ الأم ، فتزوجت بجدِّ الطفل ، (لم تسقط حضانتُها وجهاً واحداً)[٥]، والفرقُ بينه وبين العمِّ على أحد الوجهين (أنَّ الجدَّ له ولايةً على الولدِ في الجملة ، بخلافها لعمه)[٦].

(ولو رضي الأبُ بكونه عند الأمِّ ، بعدما نكحت أجنبياً)[٧]، ورضي به زوجُها فلا حقَّ للجدةِ على الوجهِ [الأصح عند][٨] البغويِّ ، بل (يكون عند الأم)[٩]، وقيل : لا يسقط حقُّ الجدة برضى الأب[١٠].

(١) فقرة ٩٨٤ .

(٢) لما رواه البيهقي والحاكم بإسناد صحيح عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه أن امرأة قالت : يا رسول الله إنَّ ابني هذا كان بَطني له وعاءً ، وثَدْيي له سِقاء ، وحِجْري له حِواء ، وإنّ أباهُ طلَّقني ، وأرادَ أنْ يَنْتزعَه عني ، فقال رسول الله ﷺ : أنت أحق به ما لم تنكحي ، (انظر : المهذب : ٢ / ١٧٠ ، مغني المحتاج : ٣ / ٤٥٢ ، ٤٥٥ ، التنبيه : ١٣١ ، شرح المحلي : ٤ / ٩٠ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢٢٩ ، المستدرك : ٢ / ٢٠٧) .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٤) الورقة متآكلة في الأصل ، والكلام مطموس بلصق ورقة أخرى عليها ، وما بين القوسين من نسخة ف ، وانظر تفصيل ذلك في (مغني المحتاج : ٣ / ٤٥٥ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢٣٠ ، شرح المحلي : ٤ / ٩٠) .

(٥) الورقة مهترئة ومتآكلة تماماً في الأصل ، وما بين القوسين من نسخة ف .

(٦) ما بين القوسين من هامش الأصل ، وبعدها : صح .

(٧) ما بين القوسين من نسخة ف ، والكلام في الأصل مطموس والورقة مهترئة .

(٨) انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٤٥٥ ، وما بين القوسين من تقديري ، والعبارة في نسخة ف : على أصح الوجهين عند .

(٩) ما بين القوسين مطموس في الأصل ، وهو من نسخة ف .

(١٠) انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٤٥٥ .

[خاتمة] :

١٠٠٠ ـ وقد نجزتْ هذه (المسائلَ)[1] بحول الله تعالى وقدرته ولطفه ، وما بقي بعد هذا من أبواب الفقه فهو إما جنايات وما يتعلقُ بها ، أو سِيَرٌ ومهادنة وجزية ، أو حدودٌ ، وكلٌّ هذا مما تندرُ حوادثهُ ، وتقل المحاكماتُ فيه .

وما وراءَ هذا من الأقضية والدعاوى والبينات والشهادات ، فقد ذكرنا من مسائله ما فيه الكفاية ، إذ هذا الكتابُ موضوعٌ له ، وكان الغرضُ من ذكرِ هذه المسائل المذهبيةِ أنْ يسهلَ تناولُها منه على الوكيلِ الذي وضعُه ملازمةُ مجالسِ الحكام ، والانتضاءُ[2] للمخاصمات في الأحكام ، وقلما يكونُ مَنْ هذا شأنه مُبَرِّزاً في علمِ المذهب ، حافظاً له ، متقناً لقواعدِه ، قادراً على الاستطلاع على المسائل من كتب الفقهِ المصنفة فيه ، ولا سيما الشروح المطولة ، فأمَّا الحاكم العالي المرتبة في العلم ، المبرزُ فيه ، والفقيهُ الحافظُ له ، المتقنُ لقواعده وأصوله وفروعهِ ، فغَنِيٌّ عن جملة هذا الكتاب والنظر فيه ، فإنَّ هذا الكتاب قليلٌ من كثير ، لا يُغري العالم عن الإحاطة بها ، والله عز وجل هو المسؤول أن يعصمنا من الزلل ، ويوفقنا لصالح القول والعمل بمنِّه وكرمه[3] .

---

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : المسألة .

(٢) في نسخة ف : والانتصاب .

(٣) يقول الناسخ بعد ذلك :

وكان الفراغ من نسخه سابعَ عشرَ من شوالِ سنةَ ست وأربعين وثمانمائة ، على يد الفقير إلى الله تعالى محمد بن =

[انتهى كتاب أدب القضاء ،
لابن أبي الدم الحموي الشافعي ،
والحمد لله رب العالمين]

☆ ☆ ☆

= محمد بنِ بَهادُر ، غفر الله له ولوالديه ولجميع المسلمين . وصلواته على أكمل الخلق سيدنا محمد وآله وصحبه وسلامه ، وحسبنا الله ونعم الوكيل . ا . هـ .

ولم أجد في كتاب الضوء اللامع لأهل القرن التاسع ترجمة للاسم المذكور ، وإنما وجدت ترجمة باسم محمد بن علي بن محمد بن بهادر ، الكمال بن العلاء ، ناصر الدين القاهري الشافعي القادري ، ويعرف بالطويل ، وقد جمع الفقه والحديث والنحو والقرآن والعربية وغير ذلك ، ويظهر أنه ليس هو الناسخ (انظر : الضوء اللامع : ١٤ / ٤٠) .

ويقول ناسخ النسخة ف ، الموجودة في المكتبة الأهلية بباريس ، في آخر الكتاب :

وكان الفراغ من تعليقه في اليوم المبارك ، نهار السبت ، عاشر شهر شوال المبارك ، سنة اثنتين وخمسين وثمانمائة ، وحسبنا الله ونعم الوكيل .

ولم يذكر الناسخ اسمه في هذه النسخة .

والحمد لله أولاً وآخراً ، سدد الله خطانا ، ووفقنا لما يحبه ويرضاه ، وجعل عملنا خالصاً لوجهه ، رجاء أن يردنا إلى ديننا وإلى عقيدتنا رداً جميلاً إنه نعم المولى ، ونعم المجيب .

الفهارس

☆ ☆ ☆



١ ـ فهرس الآيات الكريمة
التي وردت في الكتاب[1]

الآية	رقم الآية	الصفحة
سورة البقرة		
﴿ فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَاسَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ على الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ ، إِنَّ اللهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾	١٨١	٥٤٨ ت
﴿ كَانَ النَّاسُ أُمَّةً واحِدَةً فَبَعَثَ اللهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنْذِرِينَ ، وَأَنْزَلَ مَعَهُمُ الكِتَابَ بالحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِيمَا اخْتَلَفُوا فيهِ ﴾	٢١٣	٥٧
سورة آل عمران		
﴿ يَوْمَ تَجِدُ كُلُّ نَفْسٍ مَا عَمِلَتْ مِنْ خَيْرٍ مُحْضَراً ، وَمَا عَمِلَتْ مِنْ سُوءٍ تَوَدُّ لَوْ أَنَّ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ أَمَداً بَعِيداً ، وَيُحَذِّرُكُمُ اللهُ نَفْسَهُ ، واللهُ رَؤُوفٌ بالعِبادِ ﴾	٣٠	٥٤٨ت
سورة المائدة		
﴿ إِنَّ اللهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾	٤٢	٨٩
﴿ فاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ ﴾	٤٨	٥٨
﴿ وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بما أَنْزَلَ اللهُ ، وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ واحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللهُ إِلَيْكَ ، فإِنْ تَوَلَّوْا فاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ اللهُ أَن يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ ، وإِنَّ كثيراً مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ ﴾	٤٩	١٥ ـ ٥٨ ـ ٢٧١
سورة الكهف		
﴿ قُلْ هَلْ نُنَبِّئُكُمْ بالأَخْسَرِينَ أَعْمالاً ؟ ﴾	١٠٣	٥٤٨ت
﴿ الَّذِينَ ضَلَّ سَعْيُهُمْ في الحَيَاةِ الدُّنْيَا ، وَهُمْ يَحْسَبُونَ أَنَّهُمْ يُحْسِنُونَ صُنْعاً ﴾	١٠٤	٥٤٨ت

(١) الآية التي وردت في التحقيق نضع بجانبها حرف « ت » .

٢ ـ فهرس الأحاديث الشريفة

حرف الدال

حرف السين

حرف القاف

حرف الكاف

حرف اللام

حرف الميم

حرف الهاء

حرف الياء

حرف اللام ألف

☆ ☆ ☆

٣ ـ فهرس الأعلام[1]

الاسم **الصفحة**

حرف الألف

---

(١) الأعلام مرتبة ترتيباً ألفبائيا ، وأسقطنا « ابن » و « أبو » من الاعتبار ، ومن عُرف بلقبه أو كنيته أو نسبه أثبتناه فيه ، ثم أحلنا القارئ إلى الاسم الكامل ، وذكرنا الصفحات التي ورد فيها العلم ، وقد يتكرر الرقم لتكرار اسم الشخص في الصفحة الواحدة ، ثم وضعنا الصفحة التي ذكرت فيها ترجمة الشخص ضمن قوسين هكذا (   ) ، وحرف « ت » يشير إلى التحقيق في الهامش .

حرف الباء

حرف الثاء

حرف الجيم

حرف الحاء

حرف الخاء

حرف الدال

حرف الراء

حرف الزاي

ـ الزجاجي = الحسين بن محمد بن العباس ، أبو علي .
ـ أبو زيد المروزي = محمد بن أحمد بن عبد الله بن محمد الفاشاني ، الشيخ أبو زيد
ـ الزيادي = محمد بن محمد بن مَحْمَش بن علي بن داود .

حرف السين

٣١ ـ سالم بن أبي أُمية ، المدني ، أبو النضر
٣٢ ـ سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي ، أبو عمرو (١٤٧)
ـ ابن سُرَيج = أحمد بن عمر بن سُريج ، أبو العباس .
ـ أبو سعيد الاصطخري = الحسن بن أحمد بن يزيد
٣٣ ـ سفيان الثوري ، سفيان بن سعيد بن مسروق ، الثوري ، الكوفي ، أبو عبد الله (٦٤) ـ ٦٤ .
ـ السمعاني = عبد الكريم بن محمد بن منصور بن محمد بن عبد الجبار ، أبو سعد .
ـ السِّنْجِي = الحسين بن شعيب بن محمد ، أبو علي السنجي .
٣٤ ـ سَوَّار بن عبد الله بن قدامة بن عنزة بن كعب ، القاضي . (١٥٥)

حرف الشين

ـ الشاشي = محمد بن علي بن إسماعيل المروزي ، أبو بكر القفال .
= القاسم بن محمد بن علي ، الشاشي ، صاحب التقريب .
ـ الشافعي = محمد بن إدريس ، الإمام أبو عبد الله .
ـ شرف الدين ابن أبي عصرون = عبد الله بن محمد بن هبة الله .
٣٥ ـ شُرَيْح بن الحارث ، أبو أمية ، القاضي الكندي . (١٣٠)
٣٦ ـ شُرَيْك بن عبد الله بن أبي شُرَيْك ، النخعي ، القاضي (٦٤) ـ ٦٤ ـ ٦٤
ـ شيخي = عبد الله بن يوسف ، أبو محمد الجويني ، والد إمام الحرمين .
ـ الشيرازي = إبراهيم بن علي بن يوسف ، أبو إسحاق .

حرف الصاد

ـ صاحب التلخيص = أحمد بن أبي أحمد ، ابن القاص .
ـ صاحب التقريب = القاسم بن محمد بن علي الشاشي .
ـ صاحب التهذيب = الحسين بن مسعود بن محمد البغوي .
ـ صاحب الحاوي = علي بن محمد بن حبيب البصري ، الماوردي .
ـ صاحبا أبي حنيفة = يعقوب بن إبراهيم ، أبو يوسف القاضي ، ومحمد بن الحسن الشيباني .
ـ ابن الصباغ = عبد السيد بن محمد بن عبد الواحد ، الشيخ أبو نصر .

حرف الطاء

حرف العين

حرف الغين

حرف الفاء

حرف القاف

حرف اللام

حرف الميم

---

(١) ولعل المقصود أحمد بن سعيد بن أحمد بن محمد بن معدان ، أبو العباس ، فقيه من رجال الحديث ، وله كتاب في « تاريخ مرو » توفي سنة ٣٧٥ هـ ، وكان في عصر الشيخ الخِضري . (انظر : الأعلام : ١٢٦/١) .

حرف النون

حرف الهاء

حرف الياء

☆ ☆ ☆

٤ ـ فهرس الكتب الواردة في النص[1]

---

(١) هذا الفهرس لأسماء الكتب التي وردت صراحة في متن الكتابَ ، واعتمد عليها المصنف في التأليف ، لكنه ذكر أنه رجع إلى مؤلفات عدد كبير من الأئمة والأعلام دون أن يذكر اسم الكتاب ، ويعرف ذلك من فهرس الأعلام السابق ، ومن تراجمهم التي وردت في هوامش الكتاب ، مثل قوله (صفحة ٦٣١) : « الجرجاني في بعض مصنفاته التي وقفنا عليها » ، وهذا ما أشرنا إليه في مقدمة الكتاب فقرة ١١ ، فقرة ١٣ .

اسم الكتاب	المؤلف	الصفحة
١٣ ـ التتمة	أبو سعد المتولي	١٩١ات ـ ٤٧٣
١٤ ـ تتمة التتمة	أبو الفتوح العِجْلي	١٩١
١٥ ـ التعليق (الكبير)	القاضي حسين	٢٠٥ ـ ٢٣٠ ـ ٢٦٧ ـ ٢٩٧ ـ ٢٩٨ ـ ٣١٣ ـ ٤٠٧ ـ ٤١٢ ـ ٤٧٣ .
١٦ ـ التعليق الكبير	القاضي أبو الطيب الطبري	٢٠٤ ـ ٢٥٥ ـ ٣٣١ ـ ٣٦٥ ـ ٣٦٧ ـ ٣٦٩ ـ ٤٠٠
١٧ ـ التلخيص	أبو العباس بن القاص	٢٠٧ ـ ٢٣٦ ـ ٢٣٦
١٨ ـ التقريب	القاسم بن القفال الشاشي	٢٥٨ ـ ٢٥٨ ـ ٣٢١ ـ ٤٤٧ ـ ٤٥٠ ـ ٤٧١ ـ ٦١٨ ـ ٦١٩
١٩ ـ التنبيه	الشيخ أبو إسحاق الشيرازي	٦٥٦
٢٠ ـ التهذيب	البغوي	٢٣٠ ـ ٤٠٧ ـ ٦٦٠ .
٢١ ـ التوراة	ـــ	٢٦٩ .
حرف الحاء :		
٢٢ ـ الحاوي الكبير	الماوردي	١٤١ ـ ١٤٢ ـ ٣٦٠ ـ ٣٦٧ ـ ٤٠٠
٢٣ ـ حلية الأولياء	أبو نُعَيْم الأصبهاني	٦٥ ـ ٣٦٠
حرف الذال :		
٢٤ ـ الذخائر	مُجلي بن جُمَيْع	٦٥١
حرف الراء :		
٢٥ ـ الروضة (روضة الطالبين)	الإمام النووي	١٦٥
حرف السين :		
٢٦ ـ السلسلة	أبو محمد الجويني	٤٠٤
حرف الشين :		
٢٧ ـ الشامل	أبو نصر ابن الصباغ	صرح باسم المؤلف
٢٨ ـ شرح الفروع	أبو الطيب الطبري	٣٣٥ ـ ٣٣٦

☆ ☆ ☆

٥ ـ فهرس كتب أدب القضاء[*]

في المذاهب الأربعة

أولاً : كتب أدب القضاء على مذهب أبي حنيفة :

١ ـ أدب القاضي ، للإمام أبي يوسف ، يعقوب بن إبراهيم ، القاضي المجتهد ، تلميذ أبي حنيفة ، المتوفى سنة ١٨٢ هـ ، وهو أول من صنف فيه إملاء[١] .

٢ ـ أدب القاضي ، لمحمد بن سماعة ، تلميذ الإمامين أبي يوسف ومحمد ، وروى الكتب والأمالي عن الإمام محمد ، وتسمى النوادر ، ولي القضاء للمأمون ببغداد سنة ١٩٢ هـ ، ولد سنة ١٣٠ هـ ، وتوفي سنة ٢٣٣ هـ وتجاوز عمره مائة وثلاث سنوات[٢] .

٣ ـ أدب القاضي ، للإمام أبي بكر ، أحمد بن عمر الخصاف ، المتوفى سنة ٢٦١ هـ ، وهو كتاب جامع ومشهور[٣] ، وشرحه أئمة الفروع والأصول ، منهم الإمام أبو بكر ، أحمد بن علي الجصاص ، المتوفى سنة ٣٧٠ هـ ، والإمام أبو جعفر ، محمد بن عبد الله الهندواني ، المتوفى سنة ٣٦٢ هـ ، والإمام أبو الحسين ، أحمد بن محمد القدوري ، المتوفى سنة ٤٢٨ هـ ، وشيخ الإسلام علي بن الحسين السغدي ، المتوفى سنة ٤٦١ هـ ، والإمام شمس الأئمة ، محمد بن أحمد السرخسي ، المتوفى سنة ٤٨٣ هـ ، والإمام شمس الأئمة ، عبد العزيز بن أحمد الحلواني ، المتوفى سنة ٤٥٦ هـ ، والإمام برهان الأئمة حسام الدين ، عمر بن عبد العزيز بن مازة ، المعروف بالحسام الشهيد ، أو بالصدر الشهيد ، المتوفى قتلا سنة ٥٣٦ هـ وهو أشهر الشروح ، وأكثرها تداولاً ، وتوجد منه نسخ مخطوطة في دار الكتب المصرية بالقاهرة ، ومعهد مخطوطات الجامعة العربية ، والمكتبة العباسية في البصرة ، وهو مرتب على تسعة وتسعين فصلاً ، ومن تأمل عناوين الفصول يبدو له أنه يقرأ كتاباً جديداً في أصول المحاكمات أو المرافعات[٤] ، والإمام أبو بكر محمد ، المعروف بخواهر زاده ، المتوفى

(١) كشف الظنون : ٧٢/١

(٢) كشف الظنون : ٧٢/١ ، مفتاح السعادة : ٢٦٣/٢ ، تاج التراجم : ٥٤

(٣) كشف الظنون : ٧٣/١ ، مفتاح السعادة : ٢٠٠/٢

(٤) ظهر هذا الكتاب إلى الوجود حديثاً ، بعد أن حققه الأستاذ محي هلال سرحان في أربعة مجلدات ، وطبع في بغداد سنة ١٩٧٨ م .

سنة ٤٨٣ هـ ، والإمام فخر الدين الحسن بن منصور الأزجندي ، المعروف بقاضي خان ، المتوفى سنة ٥٩٢ هـ ، والإمام الخجندي ، وغيرهم[1] .

٤ ـ أدب القاضي والقضاء ، أبو المهلب ، هيثم بن سليمان القيسي ، المتوفى حوالي سنة ٢٧٥ هـ[2] .

٥ ـ أدب القاضي ، للقاضي أبي حازم ، عبد الحميد بن عبد العزيز الحنفي ، المتوفى سنة ٢٩٢ هـ[3] .

٦ ـ أدب القاضي ، لأبي جعفر ، أحمد بن إسحاق الأنباري ، المتوفى سنة ٣١٧ هـ ، ولم يكمله[4] .

٧ ـ روضة القضاة وطريق النجاة ، لأبي القاسم ، علي بن محمد بن أحمد الرحبي ، السمناني ، المتوفى سنة ٤٩٩ هـ[5] .

٨ ـ معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، للشيخ علاء الدين ، أبي الحسن ، علي بن خليل الطرابلسي ، قاضي القدس ، المتوفى سنة ٨٤٤ هـ[6] .

٩ ـ لسان الحكام في معرفة الأحكام ، لأبي الوليد ، إبراهيم بن أبي اليمن محمد ، المعروف بابن الشُّحْنَة الحلبي ، المتوفى سنة ٨٨٢ هـ[7] .

١٠ ـ الفواكه البدرية ، للفقيه المصري ، محمد بن محمد بن محمد بن خليل ، بدر الدين ، المعروف بابن الغرس المصري القاضي ، المتوفى سنة ٩٣٢ هـ ، وقيل ٨٩٤ هـ[8] .

---

(١) كشف الظنون : ١/٧٣ ، مخطوطات المكتبة العباسية في البصرة : ٤٠

(٢) حقق الجزء الذي وصل إلينا منه ونشره الدكتور فرحات الدشراوي بتونس ١٩٧٠ م .

(٣) كشف الظنون : ١/٧٢

(٤) كشف الظنون : ١/٧٣

(٥) حققه ونشره المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي رئيس قسم القانون الخاص في كلية الحقوق بجامعة بغداد ، عام ١٣٨٩ هـ ـ ١٩٧٠ م .

(٦) وهو كتاب مطبوع بالمطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣٠٠ هـ ، وهذا الكتاب مسروق ، انتحله الطرابلسي من كتاب تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ، وقد سرقه بالحرف ، وحذف منه بعض التفصيلات التي يعقدها ابن فرحون في نهاية كل فصل بعد تقرير القواعد والأحكام ، كا غير بعض الفصول بما يتفق مع المذهب الحنفي ، بينما ترك فصولاً أخرى واصطلاحات وأسماء وكتباً في المذهب المالكي ، وسها في بعض الأحيان عن الاختلاف بين المذهبين ، فيقرر أحكام المذهب المالكي على أنها للإمام أبي حنيفة ، مثل القضاء بالشاهد واليمين ، والقضاء بامرأتين ويمين ، وغير ذلك ، وقد تتبعت النقل ، وقارنت بين الكتابين فصلاً فصلا ، ونبهت على ذلك تعليقاً عليها في نسختي الخاصة .

(٧) الكتاب مطبوع بمطبعة جريدة البرهان بالاسكندرية سنة ١٢٩٩ هـ ، ومعه التكلة للخالفي العدوي .

(٨) وهو مطبوع بمطبعة النيل مع شرحه المجاني الزهرية ، للقاضي محمد صالح بن عبد الفتاح بن إبراهيم الجارم ، قاضي الشرقية بمصر ، والكتاب مع صغر حجمه نفيس جداً .

١١ ـ روضة القضاة في المحاضر والسجلات ، لمصطفى بن الشيخ محمد الرومي الحنفي ، المتوفى سنة ١٠٩٧ هـ[١] .

١٢ ـ فصول الأحكام لأصول الأحكام ، وهو كتاب في أحكام القضاء ، لأبي الفتح ، عبد الرحيم بن أبي بكر بن عبد الجليل بن خليل المرغيناني السمرقندي ، فرغ منه سنة ٦٥١ هـ[٢] .

ثانياً ـ كتب أدب القضاء على مذهب الإمام الشافعي :

١ ـ كتاب أدب القاضي ، للإمام الشافعي ، محمد بن إدريس رضي الله عنه ، إمام المذهب ، المتوفى سنة ٢٠٤ هـ[٣] .

٢ ـ أدب القاضي ، لأبي عبيد ، القاسم بن سلام اللغوي ، المتوفى سنة ٢٢٤ هـ[٤] .

٣ ـ أدب القاضي ، لأبي سعيد ، حسن بن أحمد الإصطخري ، المتوفى سنة ٣٢٨ هـ ، وهو كتاب مشهور بين الشافعية ، ويكثرون النقل منه[٥] .

٤ ـ كتاب في الشروط ، وهو في القضاء ، لأبي بكر ، محمد بن عبد الله الصيرفي ، المتوفى سنة ٣٣٠ هـ[٦] .

٥ ـ أدب القاضي ، لأبي العباس ، أحمد بن أبي أحمد ، المعروف بابن القاص الطبري ، المتوفى سنة ٣٣٥ هـ[٧] .

٦ ـ أدب القضاء ، لأبي بكر ، محمد بن أحمد بن محمد بن جعفر ، ابن الحداد المصري ، المتوفى سنة ٣٥٤ هـ ، وكتابه في أربعين جزءاً[٨] .

---

(١) إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون : ٥٩٦/١

(٢) مخطوط بدار الكتب المصرية برقم ٣٠٨ فقه حنفي ، ومصور في جامعة الدول العربية برقم ١٣٠ فقه حنفي .

(٣) ذكره بروكلمان نقلاً عن الغزالي في الإحياء : ٢١١/٢ ط ، القاهرة ١٣١١ هـ ، وأعتقد أنه أحد كتب الأم ، للإمام الشافعي الذي أفرده بعنوان خاص ، الأم : ٢٠١/٦

(٤) كشف الظنون : ٧٣/١

(٥) المرجع السابق : ٧٣/١ ، طبقات الفقهاء : ١١١ ، البداية والنهاية : ١٩٢/١١ ، وفيات الأعيان : ٣٥٧/١ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٢٣١/٣ ، طبقات الشافعية ، الإسنوي : ٤٦/١ طبقات الشافعية ، ابن هداية : ٩٤

(٦) طبقات الشافعية الكبرى : ١٨٦/٣

(٧) كشف الظنون : ٧٣/١ ، طبقات الفقهاء ، الشيرازي : ١١١ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٥٩/٣ ، وانظر ترجمته في صفحة ٢٠٧ ف ١٧٥ ، طبقات الشافعية ، الإسنوي : ٢٩٧/٢

(٨) طبقات الشافعية الكبرى : ٨٠/٣ ، طبقات الشافعية ، الإسنوي : ٤٠٣/١

٧ ـ أدب القاضي ، للإمام أبي بكر ، محمد بن علي ، القفال الشاشي ، المتوفى سنة ٣٦٥ هـ[١] .

٨ ـ أدب القاضي ، لأبي محمد ، الحسن بن أحمد ، المعروف بالحداد البصري الشافعي ، المذكور في شرح الرافعي ، وكتابه يدل على فضل كثير كما قال الشيرازي ، ولم يعرف وقت وفاته ، وهو من القرن الرابع الهجري[٢] .

٩ ـ أدب القضاء ، لأبي الحسن ، محمد بن يحيى بن سُراقة العامري ، المتوفى سنة ٤١٠ هـ[٣] .

١٠ ـ أدب القضاء ، لأبي منصور ، عبد القادر بن طاهر البغدادي ، المتوفى سنة ٤٢٩ هـ[٤] .

١١ ـ أدب القضاء ، لأبي الحسن ، علي بن أحمد بن محمد الدُبَيلي أو الزُّبيلي ، كما قاله ابن السبكي ، وقال في كشف الظنون الرتبلي بالراء ، المتوفى في القرن الخامس الهجري[٥] .

١٢ ـ أدب القاضي ، لأبي عاصم ، محمد بن أحمد العبادي الهروي ، المتوفى سنة ٤٥٨ هـ[٦] .

١٣ ـ الإشراف على غوامض الحكومات ، لأبي سعد ، محمد بن أحمد بن أبي يوسف الهروي ، تتلمذ على أبي عاصم العبادي ، وشرح كتابه السابق ، المتوفى قبل سنة ٥٠٠ هـ[٧] .

١٤ ـ أدب القاضي ، لأبي الحسن ، علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، المتوفى سنة ٤٥٠ هـ[٨] .

١٥ ـ روضة الحكام وزينة الأحكام ، للقاضي الإمام أبي نصر ، شريح بن عبد الكريم بن أحمد الرُّوياني ، المتوفى سنة ٥٠٥ هـ[٩] .

---

(١) كشف الظنون : ٧٣/١ ، طبقات الشافعية ، الإسنوي : ٨٠/٢ ، طبقات الشافعية ، ابن هداية الله : ٩٤

(٢) كشف الظنون ، المرجع السابق ، طبقات الفقهاء : ١٢٠ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٢٥٥/٣

(٣) طبقات الشافعية الكبرى : ٢١٢/٤

(٤) طبقات ابن هداية : ٩٥

(٥) كشف الظنون : ٧٣/١ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٢٤٣/٥ ، طبقات الشافعية ، الإسنوي : ٥/٢ ، طبقات الشافعية ، ابن هداية : ٩٧

(٦) كشف الظنون ، المرجع السابق ، وفيات الأعيان : ٣٥١/٣ ، طبقات الشافعية ، ابن هداية : ٩٦ ، طبقات الشافعية ، الإسنوي : ١٩٠/٢

(٧) كشف الظنون ، المرجع السابق ، طبقات الشافعية الكبرى : ٣٦٥/٥ ، وتوجد نسخة مخطوطة ، وصورة عن المخطوطة في دار الكتب المصرية ، انظر : فهرس المخطوطات المصورة ، فؤاد سيد : ٢٩٦/١ ، وانظر ترجمته في صفحة ١٩١ ف ١٥٤

(٨) وهو جزءان من كتاب الماوردي المعروف باسم الحاوي الكبير ، وقد أفردهما بالتحقيق والنشر محي هلال سرحان ببغداد سنة ١٣٩١ هـ ـ ١٩٧١ م ، وهو من أهم كتب الشافعية في هذا الموضوع .

(٩) طبقات الشافعية الكبرى : ١٠٢/٧ ، طبقات الشافعية ، ابن هداية الله : ٩٨ ، وهو مخطوط بدار الكتب الظاهرية بدمشق .

١٦ ـ العمدة ، أو أدب القضاء ، لأبي المعالي ، مُجلّي بن جُمَيْع القرشي ، المخزومي المصري الشافعي ، قاضي القضاة بالديار المصرية ، المتوفى سنة ٥٥٠ هـ[١] .

١٧ ـ أدب القاضي ، لأبي سعد السمعاني ، عبد الكريم بن محمد بن منصور بن محمد بن عبد الجبار ، الحافظ ، صاحب التصانيف ، مؤلف الأنساب وغيره ، المتوفى سنة ٥٦٢ هـ بمرو ، وكتابه أدب القاضي مخطوط ، ومصور بفيلم بالمدينة المنورة[٢] .

١٨ ـ ملجأ الحكام عند التباس الأحكام ، لأبي المحاسن ، يوسف بن رافع بن تميم بن عتبة بن محمد بن عتاب الأسدي ، قاضي القضاة بحلب ، المتوفى سنة ٦٣٢ هـ[٣] .

١٩ ـ أدب القضاء ، لأبي إسحاق ، إبراهيم بن عبد الله ، المعروف بابن أبي الدم الحموي ، المتوفى سنة ٦٤٢ هـ ، وهو الذي قمنا بتحقيقه .

٢٠ ـ أدب القضاة ، لشرف الدين ، أحمد بن مسلم بن سعيد بن بدر بن مسلم القرشي الملحي الدمشقي ، المتوفى سنة ٧٩٣ هـ ، ألفه عندما ولي قضاء دمشق[٤] .

٢١ ـ آداب الحكام في سلوك طرق الأحكام ، لشرف الدين ، عيسى بن عثمان الغزي ، المتوفى سنة ٧٩٩ هـ ، وهو نفس الكتاب المشهور بآداب القضاة ، لرضي الدين الغزي[٥] .

---

(١) وهو صاحب كتاب الذخائر ، ويظهر أنها كتاب واحد ، وأن المؤلف كتب الذخائر في جميع أبواب الفقه ، ولم يقتصر فيه على أدب القضاء ، ولكنه رتبه على سلك خاص ، وقد كتاب القضاء على غيره من أبواب الفقه ، انظر : كشف الظنون : ٧٣/١ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٢٧٧/٧ ، شذرات الذهب ، ابن العماد الحنبلي : ١٥٧/٤ ، طبقات الشافعية ، الإسنوي : ٥١٢/١ ، طبقات الشافعية ، ابن هداية : ٩٧ ، وقد سبق أن ذكرنا صفحة هامش في ترجمة المؤلف : ومن تصانيفه : الذخائر ، وأدب القضاء الذي سماه العمدة ، والواقع أنها كتاب واحد ، واشتهر بأسماء متعددة .

(٢) انظر : وفيات الأعيان : ٣٧٨/٢ ، البداية والنهاية : ١٧٥/١٢ ، طبقات الشافعية الكبرى : ١٨٠/٧ ، النجوم الزاهرة : ٣٧٥/٥ ، ٣٧٨ ، مفتاح السعادة : ٣٥٩/١ ، مخطوطات جامعة الرياض ، نشرة خاصة عن مصورات المدينة المنورة ، عن مكتبة عارف حكمت (رقم ٦١ فقه) ، ورقم الفيلم ٨٢

(٣) طبقات الشافعية الكبرى : ٣٦١/٨ ، ويوجد منه نسخة مخطوطة بدار الكتب المصرية برقم ٦٦٩٨ عام ، ٤٦ خاص فقه شافعي ، انظر فهرست الكتب بدار الكتب المصرية : ٢٧٨/٣

(٤) الثغر البسام في ذكر من ولي قضاء الشام ، شمس الدين بن طولون ، تحقيق د . صلاح الدين المنجد : ١١٦ ، طبع المجمع العلمي العربي بدمشق ١٩٥٦ ، ويوجد من هذا الكتاب نسخة مخطوطة في المكتبة العباسية في البصرة رقم د ـ ١٠١

(٥) الكتاب مرتب على عشرة أبواب ، انظر : كشف الظنون : ٧٣/١

٢٢ ـ عماد الرضا ببيان أدب القضا ، للقاضي زكريا بن محمد الأنصاري المصري ، المتوفى سنة ٩١٠ هـ[1] .

٢٣ ـ أدب القضاء ، لجلال الدين ، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، المتوفى سنة ٩١١ هـ[2] .

٢٤ ـ جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود ، لشمس الدين ، محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي من القرن التاسع الهجري ، وهو كتاب فريد من نوعه بين كتب الشافعية التي طبعت حتى الآن في المحاضر والسجلات والشروط والتوقيعات[3] .

٢٥ ـ الديباج المذهّب في أحكام المذهب في أدب القضا ، لم يعلم مؤلفه ، وهو جيد جداً[4] .

ثالثاً ـ كتب أدب القضاء في المذهبين المالكي والحنبلي :

١ ـ تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، للقاضي برهان الدين ، إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون المالكي ، المتوفى ٧٩٩ هـ[5] .

٢ ـ العقد المنظم للحكام ، لابن سلمون المالكي[6] .

٣ ـ تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام على متن المنظومة العاصمية[7] .

٤ ـ مفيد الحكام فيما يعرض لهم من نوازل الأحكام ، للقاضي أبي الوليد ، هشام بن عبد الله الأزدي القرطبي[8] .

---

(١) وهو مختصر من أدب القضاء للغزي مع زيادات حسنة ، ومخطوط بدار الكتب المصرية ، فقد شافعي ١٧٦٠ ، ونسخة أخرى بالتيمورية ، كشف الظنون : ٧٣/١ ، فهرس المخطوطات المصورة ، سيد : ٣٠٩/١

(٢) كشف الظنون : ٧٣/١

(٣) مطبوع بمطبعة السنة المحمدية بمصر سنة ١٣٧٤ هـ ـ ١٩٥٥ م .

(٤) مخطوط بدار الكتب المصرية برقم ١٥٥٠ فقه شافعي ، وقد استفدت منه أثناء تحضيري للدكتوراه .

(٥) وهو مطبوع مرتين ، الأولى : بشكل مستقل وعلى هامشه كتاب العقد المنظم للحكام ، والثانية : طبع على هامش فتح العلي المالك للشيخ محمد عليش . القاهرة ، مكتبة مصطفى الحلبي ، ١٣٧٨ هـ ـ ١٩٥٨ م .

(٦) مطبوع على هامش تبصرة الحكام .

(٧) مطبوعة بشكل مستقل ، ولها شرحان مطبوعان : شرح ميّارة على تحفة الحكام ، طبع المكتبة التجارية بمصر ، والبهجة في شرح التحفة ، للتسولي ، طبع مصطفى الحلبي بمصر .

(٨) مخطوط بمكتبة الأسكوريال رقم ١٠٦٦ ، ومصور بمعهد المخطوطات في الجامعة العربية بالقاهرة برقم ٣٥ مالكي .

٥ ـ الطرق الحكمية في السياسية الشرعية ، للإمام أبي عبد الله ، محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي ، المعروف بابن قيم الجوزية ، المتوفى سنة ٧٥١ هـ[1] .

رابعاً ـ كتب حديثة في القضاء والمرافعات الشرعية :

ومن الكتب الحديثة : الأصول القضائية ، للشيخ علي قراعة ، وطرق القضاء للشيخ أحمد إبراهيم ، وطرق الإثبات ، للشيخ أحمد إبراهيم أيضاً ، والطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية ، لمحمد العزيز جعيط وزير العدلية بتونس ، وكتاب المرافعات الشرعية للشيخ محمد زيد الأبياني ، والمرافعات الشرعية ، للشيخ المستشار محمد خاطر مفتي مصر الحالي ، وكتاب القضاء ، لضياء الدين العراقي ، المتوفى سنة ١٣٦١ هـ بالنجف ، والمرافعات الشرعية لمعوض محمد مصطفى سرحان مدرس بجامعة الخرطوم ، وظفر اللاضي بما يجب في القضاء على القاضي ، لمحمد صديق حسن خان ، والمرافعات الشرعية لعبد الحكيم محمد ، ونظرية الدعوى ، للدكتور محمد نعيم ياسين ، ووسائل الإثبات ، للمحقق ، وغير ذلك مما يصدر حديثاً مما تنتجه قرائح العلماء وأساتذة الجامعات في القضاء والدعوى والإثبات[2] .

---

(١) طبع عدة مرات ، في مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٢ هـ ـ ١٩٥٣ م ، ونشرته المؤسسة المصرية للطباعة والنشر ١٣٨٠ هـ ـ ١٩٦١ م .

(٢) انظر كتابنا : أصول المحاكات الشرعية والمدنية ص٢٣ .

٦ ـ فهرس مراجع التحقيق

١ ـ الأحكام السلطانية ، علي بن محمد بن حبيب الماوردي (٤٥٠ هـ) .
مطبعة الحلبي ، ط ٢ ، ١٣٨٦ هـ ـ ١٩٦٦ م .
٢ ـ الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ، وتصرفات القاضي والإمام ، للقرافي ، أحمد بن إدريس المالكي (٦٨٤ هـ) . تحقيق الأستاذ عبد الفتاح أبو غدة .
نشر مكتب المطبوعات الإسلامية ، بحلب ، ١٣٨٧ هـ ـ ١٩٦٧ م .
٣ ـ أحكام القرآن ، للجصاص ، أحمد بن علي الرازي الجصاص (٣٧٠ هـ) .
المطبعة البهية المصرية .
٤ ـ أحكام القرآن ، لابن العربي ، محمد بن عبد الله (٥٤٣ هـ) .
طبعة أولى بالقاهرة ، مطبعة عيسى الحلبي .
٥ ـ الأحوال الشخصية ، للدكتورين مصطفى السباعي ، وعبد الرحمن الصابوني .
مطابع دار الفكر بدمشق ، ١٣٨٥ هـ ـ ١٩٦٥ م .
٦ ـ أدب القاضي ، للماوردي ، علي بن محمد بن حبيب ، تحقيق محي هلال سرحان .
مطبعة الإرشاد ، بغداد .
٧ ـ أدب القاضي والقضاء ، لأبي المهلب ، هيثم بن سليمان القيسي ، تحقيق الدكتور فرحات الدشراوي .
طبع تونس ، ١٩٧٠ م .
٨ ـ أساس البلاغة ، للزمخشري ، محمود بن عمر الزمخشري (٥٣٨ هـ) .
طبع دار الشعب بالقاهرة .
٩ ـ الاستيعاب في معرفة الأصحاب ، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر ، (٤٦٣ هـ) .
مطبعة نهضة مصر ، القاهرة .
١٠ ـ أسد الغابة في معرفة الصحابة ، أبو الحسن علي بن محمد الجزري ، عز الدين بن الأثير (٦٣٠ هـ) .
طبع دار الشعب ، القاهرة .

١١ - أسنى المطالب في أحاديث مختلفة المراتب ، محمد بن السيد درويش .
طبعة أولى - القاهرة .

١٢ - الأشباه والنظائر ، للسيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، (٩١١ هـ) .
مطبعة الحلبي - القاهرة : ١٣٧٨ - ١٩٥٩

١٣ - الإصابة في تمييز الصحابة ، أحمد بن علي بن محمد الكناني ، ابن حجر العسقلاني (٨٥٢ هـ) .
مطبعة السعادة .

١٤ - أصول المحاكمات الشرعية والمدنية ، الدكتور محمد الزحيلي .
مطابع مؤسسة الوحدة - سنة ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م .

١٥ - إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين للمليباري ، أبو بكر المشهور بالسيد البكري .
طبع دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة .

١٦ - إعجام الأعلام ، محمود مصطفى .
المطبعة الرحمانية بمصر - عام ١٣٥٤ هـ - ١٩٣٥ م .

١٧ - الأعلام ، خير الدين الزركلي .
طبعة ثانية - دمشق .

١٨ - الإفصاح عن معاني الصحاح ، عون الدين ، أبو المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة ، (٥٦٠ هـ) .
طبعة ثانية ، حلب .

١٩ - الأمالي ، لأبي علي القالي .
طبعة مصطفى محمد .

٢٠ - الأم ، للإمام محمد بن إدريس الشافعي (٢٠٤ هـ) .
طبع دار الشعب - القاهرة .

٢١ - إنباه الرواة على أنباء النحاة ، الوزير جمال الدين أبو الحسن علي بن يوسف القفطي (٦٤٦ هـ) .
مطبعة دار الكتب المصرية عام ١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م .

٢٢ - الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء ، أبو عمر يوسف بن عبد البر القرطبي ، (٤٦٣ هـ) .
مكتبة القدسي ، مصر .

٢٣ - الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان ، لأبي العباس نجم الدين بن الرفعة الأنصاري الشافعي (٧١٠ هـ) ، تحقيق الدكتور محمد أحمد إسماعيل الخاروف .
طبع دار الفكر بدمشق ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .

٢٤ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني ، (٥٨٧ هـ) .
مطبعة إمام ، القاهرة .

٢٥ ـ بدائع المنن في جمع وترتيب مسند الشافعي والسنن ، أحمد بن عبد الرحمن البنا الساعاتي .
طبعه أولى بمصر .
٢٦ ـ البداية والنهاية ، الحافظ ابن كثير الدمشقي (٧٧٤ هـ) .
طبعه أولى ، تصوير مكتبة المعارف والنصر ، بيروت .
٢٧ ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد (٥٩٥ هـ) .
مطبعة الكليات الأزهرية .
٢٨ ـ بلغة السالك لأقرب المسالك ، أحمد الصاوي (١٢٤١ هـ) .
مطبعة المكتبة التجارية بالقاهرة .
٢٩ ـ البهجة في شرح التحفة ، علي بن عبد السلام التسولي (١٢٥٨ هـ) .
مطبعة مصطفى الحلبي ، ط٢ .
٣٠ ـ تاج التراجم في طبقات الحنفية ، قاسم بن قُطْلُوبُغا ، أبو العدل (٨٧٩ هـ) .
تصوير مكتبة المثنى ، بغداد .
٣١ ـ التاج المكلل ، صديق بن حسن بن علي ، أبو الطيب (١٣٠٧ هـ) .
المطبعة الهندية العربية ، بومبَاي .
٣٢ ـ تاريخ الأدب العربي ، كارل بروكلمان .
طبع دار المعارف بمصر ، الجزء السادس ١٩٧٧ م .
٣٣ ـ تاريخ الطبري ، لأبي جعفر ، محمد بن جرير الطبري ، المتوفى سنة ٣١٠ هـ .
طبع دار المعارف ـ مصر ـ سنة ١٩٦٦ .
٣٤ ـ تاريخ بغداد ، أحمد بن علي ، الحافظ أبو بكر ، الخطيب البغدادي .
دار الكتاب العربي ، بيروت .
٣٥ ـ تاريخ الخلفاء ، جلال الدين ، عبد الرحمن السيوطي (٩١١ هـ) ، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد .
المكتبة التجارية ، القاهرة ـ طبعة رابعة ١٣٨٩ هـ ـ ١٩٦٩ م .
٣٦ ـ تاريخ الطبري ، محمد بن جرير الطبري ، أبو جعفر (٣١٠ هـ) .
دار المعارف بمصر .
٣٧ ـ تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، لابن فرحون ، إبراهيم بن علي المالكي (٧٩٩ هـ) .
مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة ، على هامش فتح العلي المالك .
٣٨ ـ تبصير المنتبه بتحرير المشتبه ، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٥٢ هـ) .
طبع الدار المصرية ١٩٦٨ م .

٣٩ ـ تتمة المختصر في أخبار البشر (تاريخ ابن الوردي) ، زين الدين عمر بن الوردي .
طبعة أولى ، دار المعارف ، بيروت .
٤٠ ـ تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي ، محمد عبد الرحمن المباركفوري ، (١٣٥٣ هـ) .
مطبعة المدني بالقاهرة ، ط٢ .
٤١ ـ تحفة الفقهاء ، للسمرقندي ، تحقيق الأستاذ محمد المنتصر الكتاني والدكتور وهبة الزحيلي .
دار الفكر بدمشق .
٤٢ ـ تذكرة الحفاظ ، للذهبي أبو عبد الله شمس الدين الذهبي (٧٤٨ هـ) .
مطبعة دار احياء التراث العربي ، بيروت ١٣٧٤ هـ .
٤٣ ـ تصحيح التنبيه ، محي الدين يحي بن شرف النووي (٦٧٦ هـ) .
مطبوع على هامش التنبيه .
٤٤ ـ التعبير عن الإرادة في الفقه الاسلامي ، الدكتور محمد وحيد سوار .
طبعة أولى ، القاهرة ١٩٦٠ م .
٤٥ ـ التعريفات ، للجرجاني ، السيد الشريف علي بن محمد بن علي ، أبو الحسن (٨١٦ هـ) .
مطبعة مصطفى الحلبي .
٤٦ ـ التعزير في الشريعة الإسلامية ، للدكتور عبد العزيز عامر .
طبعة ثالثة ، ١٣٧٧ هـ ـ ١٩٥٧ م .
مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة .
٤٧ ـ تقويم البلدان ، عماد الدين إسماعيل بن محمد بن عمر ، المعروف بأبي الفداء ، صاحب حماة (٧٣٢ هـ) .
مصور بالأفست ، مكتبة المثنى ببغداد عن طبع باريس ١٨٤٠ م
٤٨ ـ التنبيه ، للشيرازي ، إبراهيم بن علي بن يوسف ، أبو اسحاق (٤٧٦ هـ) .
طبع مصطفى الحلبي ١٩٥١
٤٩ ـ التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ، الدكتور محمد الزحيلي .
طبع دار الفكر بدمشق ـ ١٤٠٠ هـ ـ ١٩٨٠ م .
٥٠ ـ تهذيب الأسماء واللغات ، الإمام أبو زكريا ، محي الدين يحي بن شرف النووي ، (٦٧٦ هـ) .
الطباعة المنيرية ـ القاهرة .
٥١ ـ تهذيب سنن أبي داود ، للإمام ابن قيم الجوزية (٧٥١ هـ) .
مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة على هامش مختصر السنن .
٥٢ ـ الثغر البسام في ذكر من ولي قضاء الشام ، شمس الدين بن طولون ، تحقيق الدكتور صلاح الدين المنجد .
طبع المجمع العلمي العربي بدمشق ١٩٥٦ م

٥٣ ـ جامع الترمذي = انظر : تحفة الأحوذي .

٥٤ ـ جامع الفصولين ، محمود بن إسماعيل ، المشهور بقاضي سماوة .
المطبعة الأزهرية ١٣٠٠ هـ .

٥٥ ـ جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود ، محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي (٨٩٠ هـ) .
مطبعة السنة المحمدية ، طبعة أولى .

٥٦ ـ حاشية الباجوري على شرح ابن القاسم الغزي ، الشيخ إبراهيم الباجوري (١٢٧٦ هـ) .
المطبعة الميمنية ١٣٠٩ هـ .

٥٧ ـ حاشية البجيرمي على الخطيب ، المسماة تحفة الحبيب ، سليمان البجيرمي (١٢٢١ هـ) .
مطبعة التقدم العلمية ، دمشق .

٥٨ ـ حاشية الجمل على شرح المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري .
مطبعة مصطفى محمد بمصر .

٥٩ ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفة الدسوقي (١٢٣٠ هـ) .
مطبعة عيسى الحلبي بمصر .

٦٠ ـ حاشية الشرقاوي على شرح التحرير للأنصاري ، عبد الله بن حجازي الشرقاوي (١٢٢٦ هـ) .
طبع ١٩٤٦ هـ ـ ١٩٢٨ م

٦١ ـ حاشية الشُرُنْبُلالي على درر الحكام .
مطبوعة على هامش درر الحكام .
ـ حاشية ابن عابدين ، (انظر رد المحتار) .

٦٢ ـ حاشية العدوي على شرح أبي الحسن على رسالة القيرواني (٣٨٩ هـ) ، علي الصعيدي العدوي (١١٨٩ هـ) .
مطبعة عيسى الحلبي .

٦٣ ـ حاشية عميرة ، أحمد البرلسي ، الملقب عميرة (٩٥٧ هـ) .
مطبوعة مع حاشية قليوبي .

٦٤ ـ حاشية قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار .

٦٥ ـ حاشية قليوبي ، أحمد بن أحمد القليوبي (١٠٦٩ هـ) .
مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة ، ط٣

٦٦ ـ الحاوي الكبير ، للماوردي ، علي بن محمد بن حبيب (٤٥٠ هـ) .
مخطوط بدار الكتب المصرية ، رقم ٨٣ ، ٥٠٠ ، ٥٠١ ، فقه شافعي .

٦٧ ـ حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة ، جلال الدين ، عبد الرحمن السيوطي (٩١١ هـ) .
مطبعة عيسى الحلبي ، القاهرة .

٦٨ ـ أبو حنيفة ، الشيخ محمد أبو زهرة .
دار الفكر ، القاهرة .

٦٩ ـ أبو حنيفة ، عبد الحليم الجندي .
طبع المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ، القاهرة .

٧٠ ـ خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ، أحمد بن عبد الله الخزرجي ، (المتوفى بعد سنة ٩٢٣ هـ) .
طبع مكتبة القاهرة ، تحقيق محمود عبد الوهاب فايد .

٧١ ـ دستور العلماء (جامع العلوم) ، عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري .
طبعة أولى ، الهند .

٧٢ ـ الدر المختار ، للحصكفي (انظر رد المحتار) .

٧٣ ـ درر الحكام في شرح غرر الأحكام ، منلا خسرو (٨٨٥ هـ) .
المطبعة العامرة الشرقية ١٣٠٤ هـ .

٧٤ ـ دليل المسافر ، أحمد بك الحسيني .
الطبعة الأولى ـ المطبعة الأميرية ـ ببولاق مصر ـ سنة ١٣١٩ هـ .

٧٥ ـ الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب ، إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون المالكي (٧٩٩ هـ) .
طبعة أولى ١٣٥١ هـ .

٧٦ ـ ذخائر المواريث في الدلالة على مواضع الأحاديث ، عبد الغني النابلسي (١١٤٣ هـ) .
طبعة أولى ١٣٥٢ هـ ـ ١٩٣٤ م .

٧٧ ـ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ، محمد بن عبد الرحمن الدمشقي ، (٩٦٩ هـ) .
مطبوع على هامش الميزان .

٧٨ ـ رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، المعروف بحاشية ابن عابدين ، محمد أمين (١٢٥٢ هـ) .
الطبعة الثانية ، ١٣٨٦ هـ / ١٩٦٦ م .
مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة .

٧٩ ـ الرسالة ، للإمام محمد بن إدريس الشافعي (٢٠٤ هـ) .
مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة ـ سنة ١٣٥٨ هـ / ١٩٤٠ م ، تحقيق أحمد شاكر .

٨٠ ـ الرسالة المستطرفة ، محمد بن جعفر الكتاني (١٣٤٥ هـ) ، تحقيق الأستاذ محمد المنتصر الكتاني .
طبع دار الفكر بدمشق .

٨١ ـ روضة الطالبين ، للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي (٦٧٦ هـ) .
الطبعة الأولى ١٣٩٥ هـ / ١٩٧٥ م ، المكتب الإسلامي بدمشق .

٨٢ روضة القضاة وطريق النجاة ، علي بن محمد بن أحمد الرحبي السمناني ، (٤٩٩ هـ) ، تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي ، بغداد

٨٣ ـ سبل السلام ، محمد بن إسماعيل الصنعاني (١١٨٣ هـ) .
طبعة رابعة ١٣٧٩ هـ / ١٩٦٠ م .

٨٤ ـ سنن أبي داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني (٢٧٥ هـ) .
طبع مصطفى الحلبي ، ١٩٥٢ م .

٨٥ ـ السنن الكبرى ، أحمد بن الحسين البيهقي (٤٥٨ هـ) .
طبعة أولى ، حيدر آباد بالهند .

٨٦ ـ سنن ابن ماجه ، محمد بن يزيد القزويني (٢٧٣ هـ) .
مطبعة عيسى الحلبي ، بالقاهرة ، طبعة أولى .

٨٧ ـ سنن النسائي ، أحمد بن شعيب النسائي أبو عبد الرحمن (٣٠٣ هـ) .
مطبعة مصطفى الحلبي .

٨٨ ـ الشافعي ، للشيخ محمد أبي زهرة .
طبع دار الكتاب العربي .

٨٩ ـ الشافعي ، عبد الحليم الجندي .
دار الكاتب العربي ، القاهرة .

٩٠ ـ شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، عبد الحي بن العماد الحنبلي ، (١٠٨٩ هـ) .
مكتبة القدسي ، القاهرة ١٣٥١ هـ .

٩١ ـ شرح التحرير ، زكريا الأنصاري .
مطبوع على هامش حاشية الشرقاوي .

٩٢ ـ شرح حدود ابن عرفة (٨٠٣ هـ) ، محمد الأنصاري المشهور بالرصّاع التونسي (٨٩٤ هـ) .
طبعة أولى ، تونس .

٩٣ ـ شرح الزرقاني على الموطأ ، محمد الزرقاني (١١٢٢ هـ) .
مطبعة عيسى الحلبي بالقاهرة .

٩٤ ـ شرح ابن القاسم الغزي على الإقناع .
مطبوع على هامش حاشية الباجوري .

٩٥ ـ شرح ميّارة على تحفة الحكام ، محمد بن أحمد ميارة الفاسي .
طبع المكتبة التجارية ، بمصر .

٩٦ - صحيح البخاري بحاشية السندي ، محمد بن إسماعيل البخاري (٢٥٦ هـ) .
المطبعة العثمانية ، بمصر ، طبعة أولى .

٩٧ - صحيح مسلم بشرح النووي ، مسلم بن الحجاج القشيري (٢٦١ هـ) .
المطبعة المصرية ، القاهرة ، طبعة أولى .

٩٨ - ضبط الأعلام ، أحمد تيمور باشا ، ط أولى ، القاهرة ١٣٦٦ هـ - ١٩٤٧ م .
مطبعة دار إحياء الكتب العربية .

٩٩ - الضوء اللامع لأهل القرن التاسع ، محمد بن عبد الرحمن السخاوي (٩٢٠ هـ) .
مطبعة دار إحياء الكتب العربية ، طبعة أولى ، القاهرة .

١٠٠ - طبقات الشافعية الكبرى ، عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (٧٧١ هـ) ، تحقيق الطناحي وحلو .
مطبعة عيسى الحلبي - القاهرة .

١٠١ - طبقات الشافعية ، أبو بكر ، ابن هداية الله الحسيني ، الملقب بالمصنف (١٠١٤ هـ) .
مطبعة بغداد ١٣٥٦ هـ ، (مع طبقات الفقهاء للشيرازي) .

١٠٢ - طبقات الشافعية ، للإسنوي ، جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي (٧٧٢ هـ) ، تحقيق عبد الله الجبوري .
نشر وزارة الأوقاف ، بغداد - ١٣٩٠ هـ .

١٠٣ - طبقات الصوفية ، لأبي عبد الرحمن السُّلَمي (٤١٢ هـ) ، تحقيق نور الدين شريبة .
مطبعة دار التأليف بمصر - الطبعة الثانية ، ١٣٨٩ هـ / ١٩٦٩ م .

١٠٤ - طبقات الفقهاء ، إبراهيم بن علي بن يوسف ، أبو إسحاق الشيرازي ، (٤٧٦ هـ) ، تحقيق احسان عباس .
دار التراث العربي ، بيروت - ١٩٧٠ م .

١٠٥ - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، محمد بن أبي بكر الزرعي ، ابن قيم الجوزية (٧٥٢ هـ) .
مطبعة أنصار السنة المحمدية ، مصر .

١٠٦ - طَلِبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية ، عمر بن يوسف النسفي ، (٥٣٧ هـ) .
المطبعة العامرة ، القاهرة ١٣١١ هـ .

١٠٧ - العِبر في أخبار من عَبَر ، مؤرخ الإسلام الحافظ الذهبي (٧٤٨ هـ / ١٣٤٧ م) .
تحقيق الدكتور صلاح الدين المنجد ، فؤاد سيد ، طبع الكويت سنة ١٩٦٠ م .

١٠٨ - عجالة المبتدي ، وفضالة المنتهي في النسب ، أبو بكر محمد بن أبي عثمان الحازمي الهمداني ، تحقيق عبد الله كنون .
المطبعة الأميرية بالقاهرة ، ١٣٨٤ هـ / ١٩٦٥ م .

١٠٩ - الفتح الكبير في ضم الزيـادات إلى الجـامع الصغير ، وهمـا للجلال السيوطي (٩١١ هـ) ، جمعهما يوسف النبهاني (١٣٥٠ هـ) .
مطبعة عيسى الحلبي - القاهرة .

١١٠ - فتح القدير شرح الهداية ، للمرغيناني (٥٩٣ هـ) ، الكمال بن الهمام (٨٦١ هـ) .
مطبعة المكتبة التجارية بمصر .

١١١ - فصول من الفقه الإسلامي العام ، للدكتور محمد فوزي فيض الله .
مطبعة جامعة دمشق .

١١٢ - الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ، الدكتور وهبة الزحيلي .
مطبعة جامعة دمشق ١٩٦٧ .

١١٣ - فهرست ابن خير ، أبو بكر محمد بن خير بن عمر بن خليفة الأموي الاشبيلي (٥٧٥ هـ) .
تصوير مكتبة المثنى ، بغداد .

١١٤ - الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة ، محمد بن علي الشوكاني ، (١٢٥٠ هـ) .
طبعة أولى ، السنة المحمدية .

١١٥ - فهرس المخطوطات المصورة ، فؤاد سيد ، القاهرة ١٩٥٤ م .

١١٦ - فوات الوفيـات ، محـمد بن شـاكر بن أحـمد الكتبي (٧٦٤ هـ) ، تحقيـق محـمد محيي الـدين عبـد الحميد .
طبع مكتبة النهضة المصرية .

١١٧ - فيض الإله المالك ، عمر بركات الشامي البقاعي المكي .
مطبعة المكتبة التجارية ، القاهرة .

١١٨ - القاموس المحيط ، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي (٨١٧ هـ) .
مطبعة المكتبة التجارية ، القاهرة .

١١٩ - قوانين الأحكام الشرعية ، محمد بن أحمد بن محمد بن جزيء (٧٤١ هـ) .
طبع دار العلم للملايين ، بيروت .

١٢٠ - كشـاف اصطلاحـات الفنون (موسوعـة الاصطلاحـات) ، محـمد علي بن علي التهـانـوي (بعـد ١١٥٨ هـ) .
تصوير مطبعة كلكتا ، ١٨٦٢ م

١٢١ - كشاف القناع على متن الإقناع ، منصور بن إدريس البهوتي الحنبلي ، (١٠٥١ هـ) .
طبعة أولى ، مطبعة العامرة الشرقية ، القاهرة .

١٢٢ - كشف الخفاء ومزيل الإلباس ، إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي ، (١١٦٢ هـ) .
طبع مكتبة التراث الإسلامي ، حلب .

١٢٣ ـ كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون ، ملا كاتب جلبي .
طبعة أولى ١٣١٠ هـ .
١٢٤ لب الألباب في تحرير الأنساب ، جلال الدين السيوطي (٩١١ هـ) .
تصوير مكتبة المثنى ببغداد .
١٢٥ ـ لسان الحكام في معرفة الأحكام ، إبراهيم بن محمد ، المعروف بابن الشُحْنة الحلبي (٨٨٢ هـ) .
مطبعة البرهان ، الإسكندرية .
١٢٦ ـ مالك ، الشيخ محمد أبو زهرة .
دار الكتاب العربي ، القاهرة .
١٢٧ ـ مالك ، عبد الحليم الجندي .
دار المعارف بمصر .
١٢٨ ـ مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان ، المعروف بشيخي زاده (١٠٨٧ هـ) .
مطبعة العثمانية ١٣٢٧ هـ .
١٢٩ ـ مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ، (٨٠٧ هـ) .
مطبعة القدسي بمصر .
١٣٠ ـ المجموع ، شرح المهذب ، النووي (٦٧٦ هـ) ، السبكي (٧٥٦ هـ) ، نجيب المطيعي والعقبي (معاصران) .
مطبعة الإمام بمصر .
١٣١ ـ المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد ، أبو البركات ، عبد السلام بن عبد الله بن تيمية (٦٥٢ هـ) .
مطبعة السنة المحمدية بمصر ـ سنة ١٣٦٩ هـ / ١٩٥٠ م .
١٣٢ ـ مختار الصحاح ، الرازي ، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر .
المطبعة الأميرية بالقاهرة ، الطبعة السادسة ، ١٣٧٠ هـ / ١٩٥٠ م .
١٣٣ ـ مختصر صحيح مسلم ، للحافظ زكي الدين عبد العظيم بن عبد القوي المنذري (٦٥٦ هـ) ، تحقيق الشيخ محمد ناصر الألباني .
طبع وزارة الأوقاف بالكويت ـ سنة ١٣٨٩ هـ .
مختصر المزني (على هامش الأم للشافعي) .
١٣٤ ـ المختصر في أخبار البشر ، عماد الدين ، إسماعيل أبو الفدا (٧٣٢ هـ) .
المطبعة الحسينية المصرية .
١٣٥ ـ المدخل الفقهي العام ، للأستاذ مصطفى الزرقا .
المطبعة السادسة ، ١٣٧٩ هـ / ١٩٥٩ م .

١٣٦ - مرآة المجلة ، يوسف آصاف .
طبع المطبعة العمومية بمصر - سنة ١٨٩٤ م .
١٣٧ - مراصد الإطلاع على أسماء الأمكنة والبقاع ، صفي الدين عبد المؤمن بن عبد الحق البغدادي (٧٣٩ هـ) .
طبع دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة .
١٣٨ - مسالك الدلالة ، أحمد بن محمد بن الصديق الغماري .
طبعة أولى ، مكتبة الجمهورية بالقاهرة .
١٣٩ - المستدرك على الصحيحين ، أبو عبد الله ، محمد بن عبد الله ، المعروف بالحاكم ، (٤٠٥ هـ) .
طبع حيدر آباد بالهند - سنة ١٣٣٥ هـ .
١٤٠ - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي (٦٢٣ هـ) ، أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي (٧٧٠ هـ) .
المطبعة الأميرية ، الطبعة السادسة - سنة ١٩٢٦ م .
١٤١ - المعارف ، عبد الله بن مسلم ، أبو محمد ، ابن قتيبة (٢٧٦ هـ) ، تحقيق الدكتور ثروت عكاشة .
دار المعارف بمصر - الطبعة الثانية - سنة ١٩٦٩ م .
١٤٢ - معالم السنن ، للخطابي ، حمد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب ، البُسْتي ، أبو سليمان (٣٨٨ هـ) .
مطبعة السنة المحمدية بمصر ، مع مختصر سنن أبي داود .
١٤٣ - معجم البلدان ، شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي (٦٢٦ هـ) .
دار صادر ، دار بيروت .
١٤٤ - معجم المؤلفين ، محمد رضا كحالة .
مطبعة مكتبة المثنى + دار إحياء التراث العربي - بيروت .
١٤٥ - معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، علي بن خليل الطرابلسي (٨٤٤ هـ) .
المطبعة الأميرية ، بولاق مصر .
١٤٦ - المغني ، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (٦٢٠ هـ) .
طبع مكتبة الجمهورية ، القاهرة - سنة ١٣٨٩ هـ / ١٩٦٩ م .
١٤٧ - مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، محمد الشربيني الخطيب ، (٩٩٧ هـ) . مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة - سنة ١٣٧٧ هـ / ١٩٥٨ م .
١٤٨ - مغيث الخلق في ترجيح القول الحق ، أبو المعالي عبد الملك الجويني ، الشهير بإمام الحرمين (٤٧٨ هـ) .
الطبعة الأولى ، ١٣٥٢ هـ / ١٩٣٤ م - المطبعة المصرية .

١٤٩ ـ مفتاح السعادة ومصباح السيادة في موضوعات العلوم ، أحمد بن مصطفى ، الشهير بطاش كبري زادة (٩٦٨ هـ) .
طبع دار الكتب الحديثة بالقاهرة سنة ١٩٦٨ م .

١٥٠ ـ المفردات في غريب القرآن ، للراغب الأصفهاني ، أبي القاسم الحسين بن محمد (٥٠٢ هـ) .
مطبعة مصطفى البابي الحلَبي بالقاهرة ، ١٣٨١ هـ / ١٩٦١ م .

١٥١ ـ ملتقى الأبحر ، الحلبيَ (٩٥٦ هـ) .
مطبوع على هامش مجمع الأنهر .

١٥٢ ـ الملكية في الشريعة الإسلامية ، الدكتور عبد السلام العبادي .
طبع مكتبة الأقصى ـ عمان ـ الأردن ـ الطبعة الأولى ١٣٩٤ هـ / ١٩٧٤ م .

١٥٣ ـ المنجد ، في اللغة والأدب والعلوم ، لويس معلوف .
طبعة ١٩٦٦ م .

١٥٤ ـ منهاج الطالبين للنووي (٦٧٦ هـ) .
على هامش مغني المحتاج .

١٥٥ ـ المهذب ، أبو إسحاق ، إبراهيم بن يوسف الشيرازي (٤٧٦ هـ) .
مطبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الثانية ، القاهرة ـ سنة ١٣٧٩ هـ / ١٩٥٩ م .

١٥٦ ـ الموطأ ؛ الإمام مالك بن أنس (١٧٩ هـ) .
طبع دار الشعب .

١٥٧ ـ الميزان الكبرى ، عبد الوهاب الشعراني (٩٧٣ هـ) .
المطبعة البهية ١٣٠٢ هـ ، طبعة رابعة .

١٥٨ ـ نتائج الأفكار تكلة فتح القدير ، شمس الدين ، المعروف بقاضي زادة (٩٨٨ هـ) .
طبع المكتبة التجارية بمصر .

١٥٩ ـ النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة ، أبو المحاسن ، يوسف بن تغرى بردى (٨٧٤ هـ) .
تصوير وزارة الثقافة بمصر .

١٦٠ نصب الراية لأحاديث الهداية ، عبد الله بن يوسف الزيلعي (٧٦٢ هـ) .
طبعة أولى ، بمصر ـ سنة ١٣٥٧ هـ / ١٩٣٨ م .

١٦٢ ـ نظرية الدعوى ، الدكتور محمد نعيم ياسين .
من منشورات وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية ـ عمان ـ الأردن .

١٦٣ ـ النظم المستعذب في شرح غريب المهذب ، لمحمد بن أحمد بن بطال الركبي (٦٣٠ هـ) .
مطبوع في أسفل المهذب .

١٦٤ ـ نكت الهميان في نكت العميان ، خليل بن أيبك الصفدي (٧٦٤ هـ) .
تصوير مكتبة المثنى ، بغداد عن المطبعة الجمالية سنة ١٣٢٩ هـ / ١٩١١ م .

١٦٥ ـ النهاية في غريب الحديث ، ابن الأثير ، مجد الدين ، أبو السعادات ، المبارك بن محمد الجزري (٦٠٦ هـ) ، تحقيق محمود محمد الطناحي وطاهر أحمد الزاوي .
طبع دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي ، طبعة أولى ١٣٨٣ هـ / ١٩٦٣ م

١٦٦ ـ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، شمس الدين محمد بن أحمد بن شهاب الدين الرملي ، المشهور بالشافعي الصغير (١٠٠٤ هـ) .
مطبعة مصطفى الحلبي ـ القاهرة ـ سنة ـ ١٣٨٦ هـ / ١٩٦٧ م .

١٦٧ ـ نيل الأوطار ، محمد بن علي الشوكاني (١٢٥٠ هـ) .
مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ـ سنة ١٣٩١ هـ / ١٩٧١ م .

١٦٨ ـ الهداية ، المرغيناني .
مطبوعة مع فتح القدير .

١٦٩ ـ هدية العارفين ، أسماء المؤلفين وآثار المصنفين ، إسماعيل باشا البغدادي .
طبع استانبول ١٩٥١ م .

١٧٠ ـ الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي ، حجة الإسلام محمد بن محمد ، أبو حامد الغزالي (٥٠٥ هـ) .
مطبعة المؤيد ، بمصر ١٣١٧ هـ .

١٧١ ـ الوزراء والكتاب ، محمد بن عبدوس الجهشياري ، أبو عبد الله (٣٣١ هـ) .
مطبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الأولى .

١٧٢ ـ وسائل الإثبات في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية ، الدكتور محمد مصطفى الزحيلي .
طبع مكتبة دار البيان ـ دمشق ـ سنة ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م .

١٧٣ ـ الوسيط في أصول الفقه الإسلامي ، الدكتور وهبة الزحيلي .
مطبعة جامعة دمشق ، طبعة ثانية .

١٧٤ ـ وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ، أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان (٦٨١ هـ) ، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد .
طبع مكتبة النهضة المصرية ـ القاهرة ـ سنة ١٣٦٧ هـ / ١٩٤٩ م .

١٧٥ ـ الولاة والقضاة ، الكندي أبو عمر ، محمد بن يوسف الكندي المصري ، (٣٥٠ هـ) .
طبع مطبعة الآباء اليسوعيين ، بيروت ١٩٠٨ م .

☆ ☆ ☆

٧ ـ فهرسَ المصطلحات والمفردات

التي عرفتها وشرحتها

(حرف الألف)

(حرف الباء)

(حرف التاء)

(حرف الثاء)

(حرف الجيم)

(حرف الحاء)

(حرف الخاء)

(حرف الدال)

(حرف الذال)

(حرف الراء)

(حرف الزاي)

(حرف السين)

(حرف الشين)

(حرف الصاد)

(حرف الطاء)

(حرف الظاء)

(حرف العين)

(حرف الغين)

(حرف الفاء)

(حرف القاف)

(حرف الكاف)

(حرف اللام)

(حرف الميم)

(حرف الهاء)

(حرف الواو)

☆ ☆ ☆

٨ ـ فهرس محتويات الكتاب

الباب الأول في صفة القضاء

الباب الثاني فيما يجب على الحاكم

الباب الخامس في كتاب القاضي إلى القاضي

الباب السادس في شروط المحاضر والسجلات والكتب الحكمية

خاتمة الكتاب مسائل مذهبية

تمت الفهارس والحمد لله رب العالمين .

من آثار المؤلف

١ - وسائل الإثبات في المعاملات المدنيـة والأحوال الشخصيـة رسـالـة دكتوراه في الفقـه المقـارن من جامعة الأزهر

طبع دار البيان بدمشق - سنة ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م .

٢ - أصول الفقه الإسلامي

الطبعة الأولى - المطبعة الجديدة بدمشق - سنة ١٣٩٥ هـ / ١٩٧٥ م .

الطبعة الثانية - مطابع مؤسسة الوحدة بدمشق - سنة ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م .

٣ - وظيفة الدين في الحياة ، وحاجة الناس إليه

نشر دار القلم بدمشق - سنة ١٣٩٧ هـ / ١٩٧٧ م .

٤ - التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ، وتطبيقه في المملكة العربية السعودية

طبع دار الفكر بدمشق - سنة ١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠ م

٥ - شرح الكوكب المنير ، لابن النجار الفتوحي الحنبلي (٩٧٢ هـ)

أربع مجلدات في أصول الفقه

تحقيق بالاشتراك مع الدكتور نزيه حماد

طبع دار الفكر بـدمشق - سنـة ١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠ م ، نشر مركز البحث العلمي وإحيـاء التراث بكلية الشريعة بمكة المكرمة .

٦ - أصول المحاكمات الشرعية والمدنية

مطابع مؤسسة الوحدة بدمشق - سنة ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م .

٧ - طرق تدريس التربية الإسلامية

كتاب جامعي منسوخ لطلاب دبلوم التأهيل التربوي في كلية التربيـة - جـامعـة دمشق - سنـة ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م .